

DROIT NATUREL ET RÉALISME

ESSAI CRITIQUE

SUR QUELQUES DOCTRINES FRANÇAISES CONTEMPORAINES

*« Il faut reconstituer les doctrines
traditionnelles en les débarrassant
des poncifs qui les défigurent. »*

HAURIOU.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le 5 Juin 1930, à 2 heures.

PAR

Alice PIOT

LICENCIÉE ÈS LETTRES

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { MM. MESTRE, Professeur.
LE FUR, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevalier-Marescq et C^{ie} et F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR.)

1930

DROIT NATUREL
ET
RÉALISME

**La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation
aux opinions émises dans les thèses : ces opinions doivent être
considérées comme propres à leurs auteurs.**

DROIT NATUREL ET RÉALISME

ESSAI CRITIQUE

SUR QUELQUES DOCTRINES FRANÇAISES CONTEMPORAINES

*« Il faut reconstituer les doctrines
traditionnelles en les débarrassant
des poncifs qui les défigurent. »*

HAURIOU.

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC POUR LES MATIÈRES CI-APRÈS

Sera présenté et soutenu le 5 Juin 1930, à 2 heures.

PAR

Alice PIOT

LICENCIÉE ÈS LETTRES

Président : M. RIPERT, Professeur.

Suffragants { *MM. MESTRE, Professeur.*
LE FUR, Professeur.

PARIS

LIBRAIRIE GÉNÉRALE DE DROIT ET DE JURISPRUDENCE

Ancienne Librairie Chevallier-Murescq et C^{ie} et F. Pichon réunies

R. PICHON ET R. DURAND-AUZIAS, ADMINISTRATEURS

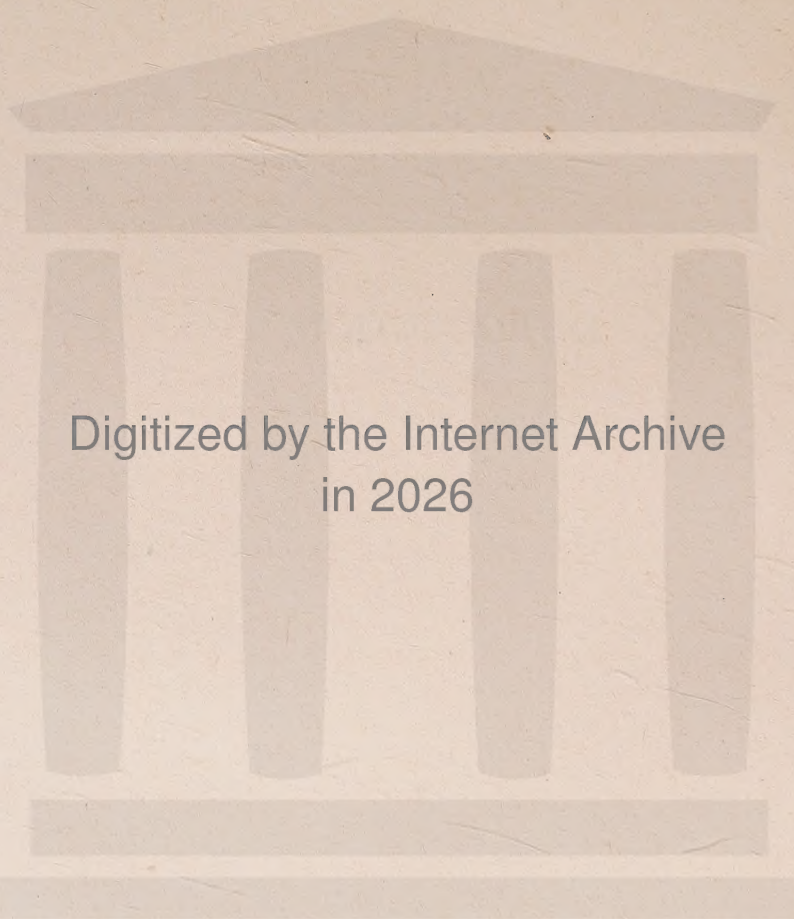
Librairie du Conseil d'État et de la Société de Législation comparée

20, RUE SOUFFLOT (5^e ARR.)

—
1930



INTRODUCTION



Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41555805_0001

INTRODUCTION

1. — Le problème du droit naturel; ses rapports avec la philosophie. — 2. Objet de ce travail : examen de quelques doctrines actuelles; essai de synthèse.

1. — Y a-t-il, dans la loi humaine, des choses qui sont commandées parce qu'elles sont bonnes et des choses qui sont bonnes parce qu'elles sont commandées, ou faut-il dire au contraire que toutes les choses qui sont commandées sont bonnes uniquement parce qu'elles sont commandées? (1) Tel est, dans sa plus grande généralité, le problème du droit naturel. Le sens commun répond : il y a des choses qui sont commandées parce qu'elles sont bonnes, et qui, pour cette raison, ne peuvent pas ne pas être commandées. Si la loi humaine peut, par sa seule force de loi, rendre « bonnes » (et donc obligatoires) certaines choses, alors qu'elle aurait pu aussi bien, par sa seule force de loi, rendre « bonnes » les choses opposées, cependant il est des choses qui lui sont commandées à elle-

(1) Cf. Saint THOMAS D'AQUIN, *Sum. theol.*, IIa, IIæ, q. 57, art. 2.

même par une loi supérieure, et qu'elle ne peut pas ne pas commander.

Mais le juriste ne peut se contenter de cette affirmation du sens commun; il veut la justifier ou la combattre. Et pour l'expliquer intégralement, il sent qu'il faudrait une métaphysique entière : cette loi, qui est au-dessus des lois, a, si elle existe, une valeur « en soi »; et le juriste voit surgir devant son esprit ce domaine des « choses en soi », sur lequel les philosophes peuvent discuter indéfiniment, mais qui n'est pas son domaine propre, à lui juriste.

Quelle attitude prendre en face de cette difficulté?

Tout d'abord il est bien clair que le juriste, par le fait même qu'il entreprend de rechercher le fondement de sa science, fait de la philosophie. Car les sciences particulières développent leurs démonstrations à partir de certains principes qu'elles ne peuvent élucider ni défendre : les mathématiques ne se demandent pas ce qu'est le nombre, et, bien que le physicien étudie les lois du monde sensible, si quelqu'un vient nier l'existence même de ce monde sensible, ce n'est pas lui qui répondra, c'est le philosophe. Le juriste, de même, ne peut spéculer sur les premiers principes de sa science sans philosopher (1).

(1) Les juristes revendiquent très légitimement la philosophie du droit comme une tâche qui leur appartient : « La philosophie du droit... est tout autre chose que la transposition de quelque philosophie générale, préalablement admise. »

« La philosophie du droit n'est pas du tout la porte ouverte au contrôle des philosophes de toute provenance sur le travail des juristes... »

« La philosophie du droit... est un tâche de juriste. C'est en

Mais toute la question est ici de savoir quels principes philosophiques entrent en jeu, s'ils sont proches du droit, proches des faits, ou si, au contraire, pour arriver jusqu'à eux, il faut parcourir une échelle descendante de vérités métaphysiques, dont l'échelon tout premier serait logé au cœur même de l'absolu.

En réalité, il n'y a pas de scission entre le sens commun et la métaphysique.

Le sens commun a pour objet ces notions et ces principes élémentaires qui sont impliqués dans toute connaissance, tels la notion d'être et le principe d'identité. Or ces notions et ces principes ont une valeur métaphysique.

Et, d'autre part, il y a une métaphysique qui est « la métaphysique naturelle de l'intelligence humaine » (1), le prolongement du sens commun et sa justification (2); c'est celle d'ARISTOTE et de ses successeurs.

Ainsi on peut faire de la métaphysique sans s'éloi-

labourant le champ réservé de nos propres investigations — droit civil, droit public, droit pénal, droit comparé, histoire du droit — que nous devons découvrir nous-mêmes *notre* philosophie. » G. RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, Paris, Sirey 1927, première conférence, pp. 6 et 7. Cette revendication est parfaitement justifiée, à condition de remarquer que le juriste, par le fait même qu'il fait de la philosophie du droit, devient philosophe : non pas porte ouverte aux philosophes de toute provenance, mais cependant porte ouverte à la philosophie.

(1) BERGSON, *L'évolution créatrice*, p. 352.

(2) Non que cette philosophie fonde sa certitude sur le témoignage du sens commun, comme celle des Ecossais; mais au contraire elle établit la valeur du sens commun dans le domaine qui lui est propre. Voir GARRIGOU-LAGRANGE, *Le sens commun, la philosophie de l'être et les formules dogmatiques*, première partie.

gner des données toutes premières qui s'imposent à l'esprit. Un exemple éclairera ce point : La doctrine du droit naturel met en jeu ce principe que le bien humain doit être recherché. Ce principe est à la fois un principe métaphysique, et un principe qui apparaît immédiatement à l'esprit dans la notion même de bien, notion première que le sens commun nous fournit (1).

En second lieu, pour une pensée qui ne relève pas du *cogito* cartésien, la métaphysique ne se construit pas suivant une méthode entièrement *a priori*, pour servir ensuite de point de départ à toutes les sciences particulières; il n'y a pas une chaîne en ligne unique de déductions, depuis un absolu métaphysique jusqu'aux fondements du droit. Toute construction philosophique aussi bien que scientifique prend son point de départ dans un contact de l'esprit avec les choses, et par conséquent use tantôt de la méthode analytique, tantôt de la méthode synthétique. A ce point de vue encore, la métaphysique est proche du réel, proche de ce que l'esprit atteint dans son premier mouvement.

Ces observations faites, quelle place vont occuper

(1) « ... la *philosophia perennis* n'invente pas, à la manière des grands romans fabriqués par les Spinoza et les Leibnitz, des êtres abstraits que nul n'avait vus avant leurs auteurs, mais... elle se contente des termes fournis par la réalité... elle reprend le rudiment des écoliers et tire de la définition du substantif, de l'adjectif et du verbe, la nomination de toutes les choses qui nous entourent... ». P. CLAUDEL, *Positions et propositions* — sur Dante, p. 165

ces notions métaphysiques dans une philosophie du droit naturel?

Si l'on poursuit une explication intégrale du droit naturel, elle ne pourra être acquise que par un appel à la loi éternelle, de laquelle le droit naturel dérive comme de son fondement ultime. Mais s'il s'agit simplement de constater scientifiquement l'existence du droit naturel, on y parviendra par l'analyse de la nature humaine, où il trouve son fondement prochain (1). Il faut remarquer néanmoins que pour se faire une idée du contenu du droit naturel, il faut partir d'une conception du bien humain total, qui implique l'ordination de l'être humain à Dieu comme à sa fin ultime. Et certes Dieu ne nous commande pas autre chose que ce qui est notre bien, ce que demande notre nature, et que nous pouvons lire en elle. Mais, il faut en convenir, cette lecture exigera que nous nous élevions à des idées hautement spirituelles, puisque nous aurons à nous apercevoir que l'intelligence et la volonté humaines ne peuvent être rassasiées que par un objet infini.

(1) « *Lex æterna recte dicitur regula extrinseca, remota, lex naturalis regula intrinseca, proxima. Lex naturalis dicitur regula nobis « intrinseca », quia est naturæ nostræ indita; dicitur « proxima », quia est immediate nobis nota, immo est actualis cognitio legis æternæ.* » GREDT, *Elementa philosophiæ aristotelico-thomisticæ*, vol. II, n° 949, p. 351.

2. — On voit quelle a été mon intention en entreprenant ce travail : Placée en face de cette alternative, ou renoncer à toute doctrine de droit naturel, ou entreprendre, avant de l'établir, la justification intégrale d'une métaphysique, j'ai cru pouvoir y échapper, en montrant que la doctrine du droit naturel peut se fonder sur un nombre minimum de principes assez facilement acceptables ou démontrables.

J'ai fait allusion plus haut à une philosophie, celle d'ARISTOTE et de saint THOMAS D'AQUIN. Mais une philosophie veut être vécue : « Il s'agit d'une fidélité *spirituelle* et *filiale*, qui fait chercher dans leurs principes activement médités, groupés, coordonnés, le moyen de découvrir, d'« inventer » la solution des problèmes nouveaux qui peuvent se poser de nos jours, et cela grâce à un effort original de l'esprit » (1). Cette fidélité spirituelle exige une sûreté de pensée qui me manque; je n'ai pas encore assez médité les principes de la philosophie aristotélicienne et thomiste pour pouvoir, à leur lumière, « inventer » la solution des problèmes nouveaux. Mais puisque nul n'est dispensé de l'« effort original de l'esprit », j'apporte les résultats du mien, tels qu'ils sont.

Je consacrerai la première partie de mon travail à l'examen des principales thèses qui, en France, se

(1) J. MARITAIN, *Antimoderne*. — Conditions de la renaissance thomiste, pp. 133 et 134.

partagent actuellement les esprits. J'aurai à donner mon sentiment sur les travaux des maîtres les plus éminents. Je le ferai librement, estimant avec l'un de ces maîtres que « le véritable hommage que l'on puisse rendre à des œuvres aussi probes et désintéressées, c'est d'apporter avec une sincérité absolue toutes les pensées qu'elles font naître en nous » (1). J'exposerai ensuite comment je conçois une construction tendant à démontrer l'existence, et à analyser dans une certaine mesure le contenu du droit naturel.

(1) G. RIPERT, *Droit naturel et positivisme juridique*, annales de la Faculté d'Aix, nouvelle série n° 1, 1918, p. 6. (M. Ripert fait ici allusion aux ouvrages de M. Gény.)

PREMIÈRE PARTIE

EXAMEN

DE QUELQUES THÈSES ACTUELLES

CHAPITRE PREMIER

LE FAIT DE CONSCIENCE SOURCE DE LA RÈGLE JURIDIQUE

§ 1. M. G. Jèze. — *Le droit idéal.*

3. Le droit idéal de M. JÈZE; son fondement dans l'idée relative de justice, dépourvue de valeur objective. — 4. Identité de nature entre le droit idéal de M. JÈZE et le droit positif.

3. — « Le droit d'un pays est l'ensemble des règles — qu'on les juge bonnes ou mauvaises, utiles ou néfastes — qui, à un moment donné, dans un pays donné, sont *effectivement* appliquées par les *praticiens* et les *tribunaux*. Tout exposé théorique qui s'écarte de cette définition est, à mon avis, très critiquable : c'est une œuvre d'imagination, un roman écrit par un juriste — le pire dans le genre ennuyeux,

monument d'orgueil et d'inutilité certaine » (1). M. JÈZE n'aime pas la philosophie du droit.

Etant posé — et de cette façon presque agressive — le primat du droit positif, on est tout étonné ensuite de constater que M. JÈZE admet cependant l'existence d'un certain « droit idéal » (2). Evidemment ce droit idéal pour lui ne s'impose pas avec une autorité telle qu'une norme du droit positif qui ne lui est pas conforme soit dépourvue de force obligatoire. Mais enfin il existe. Il est « le droit qui répond parfaitement aux aspirations de l'immense majorité des habitants d'un pays donné, à un moment donné », il est « ce que ces individus (l'immense majorité des habitants) croient être le droit idéal » (3). Et ces aspirations de la majorité dépendent de deux éléments : d'une part de la conscience que se fait cette majorité de la solidarité sociale, d'autre part du sentiment qu'elle a de la justice (4). Mais il ne faudrait pas attribuer à ce sentiment de la justice une correspondance à un absolu : il n'y a pas de justice absolue, il n'existe que l'idée relative de justice qui règne à telle époque et dans tel milieu donné. « Le sentiment du juste et

(1) JÈZE, *Les principes généraux du droit administratif*, préface de la 2^e édition, p. VIII. Il faut bien faire remarquer que personne ne nie que le droit *d'un Etat* ne soit ce que dit M. Jèze. Les doctrines auxquelles il reproche de s'écarter de cette définition ne s'en écartent pas en réalité, mais soutiennent qu'il existe autre chose dans le droit que le droit d'un pays, à un moment donné.

(2) *Op. cit.*, p. 33.

(3) *Op. cit.*, p. 34.

(4) Cette idée que le droit repose à la fois sur le sentiment de la solidarité et sur le sentiment de la justice est empruntée à DUGUIT.

de l'injuste est un élément permanent de la nature humaine », mais « la notion du juste et de l'injuste est infiniment variable et changeante » (1).

La conception de M. JÈZE est donc très simple. Il y a le droit positif qui est ce qu'il est, qui est ce qu'ont voulu qu'il soit les députés et les sénateurs. Et puis il y a les aspirations de la majorité des habitants du pays, qui constituent le droit idéal; elles sont essentiellement fondées sur un sentiment de la justice, vague et changeant.

Y a-t-il une comparaison de valeur à faire entre le droit idéal et le droit positif? Devons-nous donner au premier le pas sur le second? Le droit idéal a-t-il un *droit* à se faire écouter, à voir pénétrer les normes qu'il inspire dans le droit positif? Cela serait bien intéressant à savoir. Mais M. JÈZE ne se pose pas cette question. Sans doute estime-t-il que ce serait contraire à une saine méthode positive.

Tout au moins aimerions-nous savoir ce que c'est psychologiquement que ce sentiment de la justice, aimerions-nous qu'on nous décrive ce qui se passe dans la conscience d'un homme qui dit : ceci est juste. Voici la seule révélation que nous fait M. JÈZE sur ce point : elle consiste à adopter une définition de M. DUGUR qu'il juge excellente : « Ce sentiment de la justice... est la notion plus ou moins vague que les hommes se forment, à une époque et dans un groupe donnés de ce qui est juste ou injuste » (2). J'avoue ne

(1) *Op. cit.*, p. 32.

(2) *Op. cit.*, p. 32.

pas voir ce qu'a d'excellent cette formule : elle ne me paraît pas signifier grand'chose de plus que : le sentiment de la justice est le sentiment de la justice. Ce qu'elle signifie de plus, c'est d'abord qu'un sentiment est la même chose qu'une notion vague, ce qui psychologiquement est faux. C'est ensuite que le sentiment de la justice est relatif à une époque et à un groupe; mais s'il s'agit d'un sentiment, puisque le sentiment est une manière de sentir et ne peut être considéré ailleurs que dans l'âme qui sent, cela n'a rien d'étonnant; et, même s'il y a une justice en soi, cela ne nous empêchera pas d'analyser le sentiment que les hommes ont de la justice à tel moment et dans tel milieu donné.

Nous ne savons donc pas ce que c'est que le sentiment de la justice, mais nous savons que M. JÈZE, comme tout le monde, a le sien. Nous le savons parce qu'il nous dit que le théoricien du droit doit faire taire son sentiment personnel, et que pour sa part il n'est pas sûr d'y avoir réussi : « La tentation est grande d'affirmer comme besoins véritables, réels, du pays, comme expression de l'idée relative de justice, des sentiments purement subjectifs, personnels. C'est dans toute construction juridique la partie faible. Nul ouvrage n'échappe complètement à cet écueil redoutable, et, malgré mes efforts, je n'ai pas l'outrecuidance d'affirmer que j'y ai échappé » (1).

Il faut remarquer tout d'abord, pour éviter une

(1) *Op. cit.*, préface, p. X.

équivoque, que la tentation dont il est ici question est double : elle consiste à affirmer des sentiments purement subjectifs : 1° comme correspondant aux besoins véritables de l'Etat; 2° comme étant l'expression de l'idée relative de justice.

En ce qui concerne les besoins du pays autres que le besoin de justice, il me paraît évident que M. JÈZE, tout en estimant — et personne ne peut manquer d'être d'accord avec lui — que le théoricien du droit commettrait une faute grave s'il donnait comme exprimant les besoins véritables du pays son sentiment personnel plus ou moins irraisonné, admet cependant que le théoricien a le droit et le devoir de se faire de ces besoins du pays une conception scientifique raisonnée, différente de l'impression vague qu'a de ces mêmes besoins la foule, et supérieure à elle (1).

Au contraire, en ce qui concerne la justice, le théoricien, non seulement n'a pas le droit de chercher à faire prévaloir son sentiment personnel, mais n'a pas le droit non plus de chercher à faire prévaloir ses conceptions rationnelles, qui ne peuvent correspondre à rien, puisqu'il n'y a pas de juste objectif.

Considérons donc la situation de l'homme de doctrine. Tout d'abord il est un homme comme les autres, un simple particulier. Est-ce, dans la conception de M. JÈZE, à titre de simple particulier qu'il doit faire taire son sentiment personnel de la justice? Non, car si chacun adoptait cette attitude, si chacun s'abstenait

(1) Et s'il n'en était pas ainsi on pourrait se demander à quoi servent les facultés de droit.

soigneusement de manifester son sentiment, et s'astreignait à uniquement respirer l'air ambiant pour percevoir les aspirations générales qui y flottent, comment se créeraient ces aspirations générales? Si chacun s'abstenait de manifester ses opinions, qui ferait l'opinion? Le particulier a donc, semble-t-il bien, dans le système de M. JÈZE, le devoir d'avoir des opinions, et de les manifester, afin que se crée cette opinion de la majorité qui fera le droit idéal.

C'est donc en tant qu'il est homme de doctrine et non simple particulier, que l'homme de doctrine n'a pas le droit d'avoir des opinions. Ce que dans la vie privée il juge juste et bon, il n'a pas le droit d'écrire dans ses livres que cela est juste et bon. Parce que ses opinions ne peuvent être que purement objectives, et qu'il doit les quitter comme un vêtement trop personnel, lorsqu'il travaille pour le public.

Cette situation paradoxale est tout à fait dans la logique du système. Ainsi un homme écrivant sur la valeur esthétique des diverses couleurs, s'il était convaincu que cette valeur esthétique n'a aucune objectivité, devrait se borner à faire une statistique des préférences des hommes en cette matière, en ne comptant sa préférence personnelle que pour un. De même, dans le système de M. JÈZE, les préférences que les hommes peuvent avoir pour le régime de l'esclavage ou pour la liberté, pour l'indissolubilité du mariage ou pour le divorce, sont de même valeur et ne doivent compter chacune que pour une unité. C'est jusque-là que va la thèse de M. JÈZE; cette idée, qu'un

homme de valeur n'a pas le droit de chercher à faire prévaloir ses opinions, est bien la marque du subjectivisme radical qui affecte l'œuvre de l'éminent professeur.

4. — Ces observations faites, essayons d'analyser la différence qui, dans le système de M. JÈZE, sépare le droit positif du droit idéal.

Le droit positif est l'ensemble des règles de droit en vigueur, il est donc l'expression de la volonté du législateur, c'est-à-dire, en France, l'expression de la volonté des députés et des sénateurs. Il n'est pas l'expression de la volonté générale, il est l'expression de la volonté de quelques individus. Députés et sénateurs, fait observer M. JÈZE, disent, il est vrai, qu'ils représentent la volonté nationale, mais cela ne change rien à la réalité des choses (1).

Quant au droit idéal, il est l'idée que se fait du droit idéal l'ensemble des consciences individuelles, donc, en somme, l'idée que se fait la majorité des citoyens de ce que devrait être le droit positif. Le droit idéal est donc, non pas, si l'on veut, l'expression de la volonté générale, puisqu'il n'est pas un droit exprimé, mais il est cette volonté générale même à l'état implicite.

Or si, comme le fait très exactement remarquer le professeur JÈZE, notre régime français n'aboutit pas à ce que le droit positif soit l'expression de la volonté

(1) *Principes généraux de droit administratif*, 3^e éd., pp. 351 et 352.

nationale, cependant telle est bien l'intention de notre constitution. Il faut donc observer que si un régime représentatif pouvait être institué, tel que les membres du corps législatif représentent réellement la nation, leurs décisions seraient vraiment l'expression de la volonté nationale, et par conséquent le droit idéal et le droit positif ne différeraient entre eux que par le temps qu'il faudrait à la majorité pour prendre pleine conscience de sa volonté, et pour la faire passer dans la loi, donc en quelque sorte par les frottements des rouages de la machine législative. Le droit idéal serait du droit positif en train de se faire, le droit positif de demain; et le droit positif serait du droit idéal réalisé et déjà légèrement démodé. Il n'y aurait donc entre eux aucune différence de nature, seulement une différence dans l'ordre de l'existence dans le temps.

Le fait que nos députés et nos sénateurs ne représentent pas réellement la nation n'est qu'une imperfection de notre régime, et, quoique rendant plus grande la distance effective qui sépare le droit positif du droit idéal, ne change rien à l'essence des choses. Le droit idéal contient la volonté nationale à l'état pur, le droit positif contient la volonté nationale plus ou moins maltraitée par ses représentants.

M. JÈZE décrit donc en réalité le phénomène de l'élaboration du droit positif : d'une part les aspirations de la majorité des citoyens, qui cherchent à se faire jour, d'autre part la machine législative avec ses imperfections, qui réalise mal ces aspirations.

Mais il ne révèle pas l'existence de deux espèces différentes de droit, comme le vocabulaire qu'il emploie pourrait le faire supposer.

Il est clair d'ailleurs, *a priori*, que si l'on refuse au droit idéal un fondement dans la nature des choses, il est impossible de trouver entre lui et le droit positif une différence de nature (1). En effet, le droit positif a nécessairement sa source dans des volontés et des consciences individuelles. Si le droit idéal n'a pas de fondement dans la nature des choses, il n'en a, lui aussi, que dans les consciences individuelles, comptées une à une, la préférence de chacune comptant pour un, comme nous le disions plus haut. Il a donc le même fondement, la même origine que le droit positif (2).

(1) Ils diffèrent dans l'ordre de l'existence, non dans l'ordre de la nature.

(2) La conception du droit idéal de M. JÈZE aboutit très logiquement à faire de ce droit idéal une sorte de droit positif manqué, un droit auquel il manque, pour être positif, d'être obéi. C'est l'idée que nous voyons développée par M. R. CAPITANT : « Le droit positif est le droit obéi, le droit non obéi est le droit idéal. Le droit positif implique donc le droit idéal, comme toute notion implique la notion contraire. » *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris 1928, p. 122 et 123. C'est le plus ou moins grand nombre des individus qui reconnaissent une règle comme valable qui fait de cette règle une règle de droit idéal ou une règle de droit positif : « La validité d'une règle n'existe qu'aux yeux de certains individus, c'est-à-dire que la validité d'une règle est la reconnaissance par certains individus qu'une règle est valable, obligatoire, *obædienda*. Cette validité est idéale si elle est reconnue par une minorité dans le groupe social. Elle est positive si elle est reconnue par la généralité du groupe social. » *Op. cit.*, p. 163. Ainsi les élucubrations de n'importe quel individu isolé, ou de n'importe quel petit groupe d'illuminés constituent des règles de droit idéal. On voit

§ 2. *L. Duguit. — Le sentiment de la justice
et le sentiment de la solidarité.*

5. La doctrine de DUGUIT dans son dernier état. — 6. L'idéalisme et le subjectivisme de DUGUIT; l'évolution de sa doctrine à ce point de vue. — 7. Le réalisme de DUGUIT, la règle de solidarité, son contenu. — 8. Le passage du fait au droit.

5. — La thèse de L. DUGUIT, dans l'état où sa mort récente l'a laissée, peut se résumer de la façon suivante :

Deux faits servent de point de départ. Premièrement, l'homme est un être conscient de ses actes. Secondement, l'homme est un être qui ne peut vivre isolé, qui vit et a toujours vécu en société avec ses semblables.

La constatation du second de ces faits entraîne immédiatement la constatation de l'existence de la norme sociale. Car il est lui-même cette norme. Si l'homme ne peut vivre qu'en société, il est soumis à une loi, qui est cette loi même de la vie sociale (1).

La constatation du premier fait entraîne la reconnaissance du caractère de la loi : si l'homme est un

que le terme « droit idéal », lorsqu'il a perdu toute correspondance à une règle donnée dans la réalité des choses comme devant servir de guide au législateur, ne peut plus avoir d'autre sens que celui de « *droit existant à l'état d'idée* ».

(1) *Traité de droit constitutionnel*, 3^e éd., tome I, 1927, p. 66.

être conscient, conscient de ses actes, conscient de vouloir quelque chose — et peu importe qu'il soit libre ou non, il suffit qu'il agisse consciemment en vue d'un but —, la loi qui le régit ne peut pas être une loi de cause, comme celles qui régissent le monde physique, elle doit être une loi de but.

Cependant cette loi de but ne s'impose à l'homme qu'« en fait », en ce sens qu'elle ne modifie pas « la substance » (1) de sa volonté, qu'elle ne crée pas pour lui un « devoir métaphysique » (2), elle l'encadre seulement dans une discipline sociale. C'est pourquoi il n'y a pas à se demander comment, exprimant une nécessité de fait, elle peut se muer en une nécessité de droit. Elle reste en réalité une nécessité de fait (3).

Quel est l'objet de cette norme? Elle interdit ce qui est susceptible de produire un désordre social. Elle commande à l'homme de collaborer à la réalisation de l'ordre social.

La norme sociale se divise en norme économique, norme morale et norme juridique, suivant le degré croissant d'intensité de la réaction sociale que produit sa violation. La norme juridique toutefois ne tire pas sa force de ce qu'elle est sanctionnée par l'Etat; bien

(1) *Traité*, 3^e éd., p. 78.

(2) *Les transformations du droit public*, p. 76.

(3) Il faut remarquer d'ailleurs que dans la 3^e édition de son traité, DUGUIR atténue ce caractère de loi de but, qui appartient à la norme sociale. Nous trouvons même ceci : « Je pourrais même à la rigueur dire qu'elle est une loi de but; mais on pourrait alors me reprendre justement de faire intervenir le concept *a priori* de finalité. Je parle de norme toute simple parce qu'elle s'applique à des êtres conscients. » p. 82.

au contraire il faut affirmer qu'elle est antérieure à la consécration que l'Etat lui donne, et qu'elle s'impose à lui comme aux individus. Elle a sa source dans un état de conscience de la masse des individus, celle-ci comprenant et admettant qu'une réaction contre les violateurs de telle norme peut être socialement organisée (1).

Mais comment naît, dans la masse des individus, cet état de conscience, source créatrice du droit? Deux facteurs essentiels contribuent à le former, deux éléments qui sont le sentiment de la socialité et le sentiment de la justice.

Le sentiment de la socialité est le sentiment « existant dans la masse des hommes composant un groupe social considéré que le lien de solidarité qui maintient l'intégration sociale serait brisé si le respect d'une certaine règle économique ou morale n'était pas sanctionné par des voies de droit » (2).

Quant au sentiment de la justice, il est la notion plus ou moins vague que les hommes se forment à une

(1) *Traité*, 3^e éd., p. 115. Il est vrai que DUGUIT nie ailleurs avoir dit qu'un état de conscience crée le droit : « Je n'ai pas dit que la masse des consciences individuelles crée la norme juridique; j'ai dit, ce qui est encore tout différent, que la norme juridique, comme toute norme sociale, est le produit du fait social, mais que nous ne pouvons la saisir qu'en apercevant la réaction sociale qu'entraîne sa violation; j'ai dit qu'une norme sociale peut être qualifiée de norme juridique lorsque la masse des esprits admet que la réaction sociale qu'entraîne sa violation peut être socialement organisée par l'emploi de la contrainte... » *Traité*, 3^e éd., p. 81. Sur cette question de savoir si c'est le fait ou l'état de conscience qui est premier, la pensée de Duguit est pleine de contradictions.

(2) *Traité*, 3^e éd., p. 116.

époque et dans un groupe donnée de ce qui est juste ou injuste. Il ne correspond à aucune réalité objective. Ce sentiment est fondé sur le sentiment de l'autonomie du moi individuel en face de la société, duquel il résulte que l'homme se sent avoir droit dans la société à une place proportionnée aux services qu'il rend : c'est la justice distributive. En second lieu, le sentiment de la justice est le sentiment de l'égalité qui doit régner dans les échanges entre particuliers : c'est la justice commutative. Si le sentiment de la justice est un élément permanent de la nature humaine, le contenu de ce sentiment est indéfiniment variable. De sorte que la norme juridique elle-même est, dans son contenu, indéfiniment variable.

6. — Il faut distinguer, dans la pensée de DUGUIT, deux couches superposées. Cette pensée a, en effet, connu un premier état exprimé en 1901 dans « *l'Etat, le droit objectif, et la loi positive* ». La construction présentée dans cet ouvrage présente avec celle que je viens de résumer cette première différence essentielle que le sentiment de la justice n'y intervient pas. DUGUIT souligne lui-même cette différence dans le *Traité de droit constitutionnel*, disant que dans ses précédents ouvrages il a eu « le grand tort » (1) le sentiment de la justice.

(1) *Traité*, 3^e éd., p. 116.

En second lieu, sa doctrine réaliste et positiviste était enrobée dans une métaphysique idéaliste, qui apparaît moins explicite dans sa construction plus récente. Mais je voudrais montrer que cette doctrine métaphysique exposée dans *l'Etat, le droit objectif et la loi positive* était facilement séparable de la doctrine proprement juridique de l'auteur, et qu'elle laissait subsister, lorsqu'on en faisait abstraction, une doctrine réellement cohérente, et partant d'un point de vue réaliste. Aujourd'hui, au contraire, spécialement par l'entrée en jeu du sentiment de la justice, cette métaphysique, si elle n'est plus explicitement affirmée, a déroulé ses conséquences dans l'intérieur du système, qu'elle a envahi tout entier, de sorte qu'on ne peut plus dire, à mon avis, qu'il soit un système réaliste.

La conception métaphysique exposée dans *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, partait du *cogito* cartésien, Je pense, donc je suis; c'est la connaissance de ma pensée qui est première, et qui me donne toute autre connaissance; donc en réalité je ne connais rien que par la connaissance que j'ai de moi-même; le seul fait que je puisse affirmer directement, donc le premier fait incontestable, indéniable, c'est l'existence de ma conscience individuelle.

DESCARTES n'a pas été plus loin dans l'idéalisme : il a admis, en se basant sur cette réalité première, l'existence de réalités extérieures à elle. Mais la logique interne de son système ne pouvait qu'aboutir à l'idéalisme absolu, et les philosophies qui ont succédé

à la sienne y ont en effet abouti. De cette idée que la connaissance que j'ai de ma pensée est le fondement de toutes mes connaissances on est passé à l'idée que la connaissance de ma pensée est la seule connaissance, que le moi pensant est la seule réalité. La pensée humaine, du moment qu'était supprimée la connaissance de « quelque chose » autre qu'elle-même, ne pouvait plus sortir d'elle-même, y était enfermée pour toujours; elle n'avait plus qu'à s'efforcer de construire le monde avec elle-même.

DUGUIT a accepté la logique interne de ce système; pour lui il n'existe rien d'autre que le moi pensant individuel : « *La chose en soi...* est la pensée individuelle » (1). « La conscience individuelle est la seule réalité » (2).

Cette métaphysique était donc très nettement exprimée. Mais, après ce départ dans l'idéalisme pur, on reprenait contact avec le réel par l'artifice suivant : Plus l'homme pense de choses, plus il veut de choses, plus il est homme (en effet puisqu'il n'existe rien d'autre que la pensée individuelle, plus cette pensée devient complexe, plus l'homme embrasse en lui de réalité, donc plus il est homme). Or la solidarité lui fait penser et vouloir plus de choses que la simple préoccupation de son intérêt personnel, puisqu'elle lui fait en outre penser et vouloir le bien d'autrui. Donc l'homme n'est vraiment homme que par la solidarité.

(1) *L'Etat, le droit objectif...* p. 26.

(2) *Op. cit.*, p. 23.

La notion de solidarité ainsi introduite, DUGUIT exposait ce qu'est, du point de vue des faits, la solidarité, tout en continuant d'affirmer que seule la conscience individuelle existe, que « ce que la science sociale doit préciser, c'est bien moins le fait lui-même du groupement social que la forme en laquelle ce fait se reflète dans la conscience humaine » (1).

La pensée de l'auteur se poursuivait ainsi, les deux systèmes d'idées, métaphysique et positiviste, qui entraient dans son explication, se mêlant sans se कंपénétrer. Il en résultait une certaine confusion; mais il en résultait aussi que l'on pouvait glisser sur le premier de ces systèmes, et n'attacher d'importance qu'au second. C'est ce qu'ont fait la plupart des auteurs qui ont étudié le système de DUGUIT (2). Ce système revenait alors, pour l'essentiel, à ceci : La solidarité est un fait; les hommes ne peuvent vivre sans vivre socialement, sans vivre sous la loi de solidarité. Ils doivent donc coopérer à la solidarité; elle est la règle de droit. Ils ont conscience du fait de la solidarité; ils prennent donc conscience de la règle de droit, qui n'en est que l'expression.

(1) *Op. cit.*, p. 32 et 34. On le voit, ces assertions sont déjà plus timides. La pensée de l'auteur a subi une transposition. Evidemment, le *sentiment* de la solidarité est exclusivement individuel, mais DUGUIT maintient-il que la solidarité n'existe que dans et par ce sentiment? Evidemment, il est intéressant de savoir quel est le reflet de la solidarité dans la conscience individuelle. Mais la solidarité n'existe-t-elle que dans et par ce reflet? Alors ce n'est plus un reflet, c'est la réalité même, la réalité unique, comme l'auteur le disait quelques pages plus haut.

(2) Notamment Fr. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, ch. VII.

Cette interprétation semblait dictée par tous les passages où la doctrine était, non pas exposée dans son ensemble, mais sommairement rappelée. Dès la première page du livre, avant que commence l'exposé dogmatique, il était affirmé que la solidarité est un fait, dont la notion claire sera un ressort d'action. On ne pouvait dire plus clairement que le fait était premier, la notion que l'homme en acquiert, seconde (1). Et l'introduction n'avait pas dit autre chose. Il y était même nié que le fondement de la règle de droit pût se trouver dans l'individu (2). S'il y était question de la conscience de l'individu, c'était uniquement pour détruire la notion de conscience collective, mais le fait de la solidarité semblait bien être le point de départ fondamental.

On pouvait donc, à cette époque, admettre que c'était en raison de sa préoccupation de lutter contre la théorie de la conscience collective que DUGUIT attachait une telle importance à la conscience individuelle. On pouvait se dire que si, au lieu de placer la seule réalité dans l'*individu*, comme l'exigeait la thèse très juste qu'il soutenait contre l'école de DURKHEIM, il l'avait placé dans la *conscience* individuelle, ce qui l'avait conduit à l'idéalisme, c'était par une erreur qui n'entachait pas l'ensemble de son système. Il pouvait, malgré cet idéalisme, être appelé le chef de l'école réaliste, ou du moins d'une école réaliste.

Mais voici que, dans sa construction nouvelle, à

(1) *L'Etat, le droit objectif*, p. 23.

(2) *Op. cit.*, préface, p. 16.

côté du sentiment de la solidarité il introduit le sentiment de la justice. Or tandis que son premier système permettait de considérer, non seulement le sentiment de la solidarité existant dans l'esprit des hommes, mais aussi le fait même de la solidarité existant dans la réalité, voici qu'en ce qui concerne la justice DUGUIT nie énergiquement qu'on puisse parler d'un juste objectif; il n'y a absolument que le sentiment de la justice, variable suivant les consciences individuelles. Le système perd donc pour moitié sa base réaliste.

Et, à y regarder de près, il faut même dire que le sentiment de la solidarité, lui aussi, perd, dans la seconde construction, son support dans le réel. Car, dans la première construction, la règle était de développer la solidarité, l'interdépendance. Il semblait donc que du moment que l'homme avait pris conscience de l'interdépendance, la règle était claire, une et objective : il n'y avait qu'à faire en sorte que les hommes fussent de plus en plus solidaires, interdépendants. Le point de vue est actuellement différent : le sentiment de la solidarité est le sentiment que certaines règles sont telles que, si elles n'étaient pas socialement sanctionnées, l'intégration sociale serait brisée. C'est pourquoi le sentiment de la solidarité peut varier indéfiniment.

Il faut donc y insister : la règle de droit, dans le *Traité de droit constitutionnel* de DUGUIT, ne repose et ne peut reposer absolument que sur deux sentiments. DUGUIT n'affirme nulle part qu'il y ait, *en réalité*, certaines règles nécessaires au maintien de l'inté-

gration sociale, pas plus qu'il ne veut savoir s'il y a certaines règles qui, *en réalité*, sont justes. Un double état de conscience, c'est là la « source créatrice du droit ». Il n'y a pas autre chose que l'état de conscience; il n'y a pas autre chose que la pensée individuelle. Nous retombons dans le subjectivisme; nous retrouvons la métaphysique idéaliste exprimée dans le premier ouvrage, mais alors facile à laisser de côté, tandis que dans le *Traité* elle est devenue la pierre fondamentale du système.

Fonder le droit sur deux sentiments, c'est une étrange manière d'être réaliste. Je sais bien qu'on peut dire que le sentiment, étant un fait de conscience, est *un fait*, et que c'est donc être réaliste encore que de fonder une science sur un fait de conscience. Je répondrai à cela que le fait de conscience est bien un fait qui est l'objet d'une science, mais cette science est la psychologie, non la sociologie, ni la science juridique. Dire : tels hommes ont en ce moment le sentiment que telle chose est juste, tels hommes ont en ce moment le sentiment que telle chose est nécessaire au maintien de l'intégration sociale, cela ne peut offrir aucun fondement réel à une règle juridique.

L'explication de DUGUIT par le double sentiment de la justice et de la socialité ne peut être qu'une explication psychologique de la formation du droit positif : à tel moment telle norme s'installe dans les consciences de la masse des individus du groupe, elle est considérée comme méritant d'être sanctionnée socialement. La règle objective de DUGUIT est l'expression

de la volonté générale, elle n'a rien que de subjectif, malgré son titre (1).

7. — Il faut donc revenir au réalisme et à l'objectivité. Et, pour sauver ce qu'il y a pourtant de très intéressant dans le système de DUGUIT, il faut reprendre sa première construction, en la débarrassant de la métaphysique qui l'accompagnait.

La solidarité, considérée comme un fait donné dans le réel, voilà le point de départ : les hommes ne peuvent vivre qu'en société, ils ne peuvent satisfaire leurs besoins que par la société. Ce point de départ est excellent.

Seulement, DUGUIT, parti de ce fait que les hommes recherchent en commun le bonheur, avait mis si fort l'accent sur « en commun » qu'il n'avait plus vu dans cette recherche en commun du bonheur que

(1) La valeur uniquement psychologique de l'explication de DUGUIT me semble apparaître nettement dans une page comme celle-ci : « Sur le terrain positif, j'essaie de déterminer uniquement à quel moment une certaine règle, dont la masse des individus dans un groupe social a une conscience plus ou moins claire, devient règle de droit. De ce point de vue, à cette question n'apparaît d'autre réponse que celle-ci : c'est au moment où la masse des esprits a le sentiment que le respect de cette règle est si essentiel au maintien de la solidarité sociale qu'elle en réclame la sanction organisée. Je ne dis pas que cette règle sera alors nécessairement bonne et conforme à un idéal de droit supérieur; je dis seulement qu'elle est alors une règle du groupe social considéré. » *Traité*, 3^e éd., pp. 118 et 119. Il n'y a rien à critiquer à cet exposé, du moment qu'il est entendu que la règle de droit n'est qu'un fait de conscience, mais alors, à vrai dire, une telle explication n'explique pas grand'chose.

l'organisation même de cette « communauté », l'organisation et le développement de la solidarité. Il avait mérité la critique d'HAURIU: « De ce que l'homme ne peut vivre qu'en société, on tire cette conclusion qu'il vivra d'autant mieux que cette société sera plus intense; qu'en sait-on? Il se peut fort bien qu'un peu de société soit nécessaire à l'homme et que beaucoup de société lui soit nuisible. Le fait d'expérience, à savoir que l'homme ne peut vivre en dehors de la société, ne nous renseigne pas du tout sur le degré d'interdépendance sociale que l'homme peut supporter; ce serait une nouvelle série d'expériences à instituer. En somme, d'un fait d'expérience, par un raisonnement logique abusif, on tire autre chose que ce qu'il contient » (1). En effet, de ce fait constaté que l'homme dépend de l'homme, que doit-il résulter? Que l'homme doit travailler pour autrui, mais non pas qu'il doit s'efforcer de se rendre encore plus indispensable à autrui, et encore plus dépendant d'autrui. Ce qui est bon, c'est la coopération des hommes à une œuvre commune, mais ce n'est pas l'interdépendance qui règne entre eux.

Cette interdépendance n'est que le revers de la médaille. Et, si elle s'accroît excessivement, il pourra en résulter des inconvénients qui ne seront pas compensés par les avantages de la coopération. Cela est particulièrement sensible dans l'économie internationale.

DUGUIT a corrigé ce qu'avait de défectueux sa for-

(1) HAURIU, *Les idées de M. Duguit*.

mule à ce point de vue en enseignant dans son *Traité de droit constitutionnel*, non plus qu'il s'agit de développer la solidarité, mais qu'il s'agit de poser les règles qui sont nécessaires au maintien du lien social : si telle règle est reconnue nécessaire au maintien du lien social (par exemple l'interdiction du pillage), elle devient une règle juridique.

Nous avons vu que cette correction a entraîné pour la notion de solidarité la perte de toute valeur objective, mais c'est parce que DUGUIT n'a pas admis qu'il y a, *en réalité*, certaines règles objectivement nécessaires au maintien du lien social. On peut admettre la correction, sans admettre le subjectivisme dont elle s'accompagne. Cette correction donne alors un certain contenu à la règle juridique : elle y fait entrer toutes les normes qui regardent l'ordre et la paix publics.

Sous cette forme nouvelle sa thèse ne se heurte plus à l'objection d'HAURIU, puisqu'elle ne pose plus comme norme le développement indéfini de la solidarité, mais le contenu qu'elle donne à la règle juridique est très pauvre, puisqu'il n'y entre que ce qui regarde le maintien du lien social, non ce qui regarde la vie sociale elle-même. Le malheur, à mon avis, est que DUGUIT ne se soit pas aperçu, partant du fait que les hommes recherchent en commun le bonheur, que le contenu de la règle de droit devait tenir ses éléments, non seulement de la modalité de la recherche, qui est d'être faite en commun, mais aussi de l'objet de la recherche, qui est le bonheur, le bien humain.

Poser les règles du droit naturel comme dérivant à la fois du fait social et des tendances profondes de l'homme animal rationnel, c'est le seul moyen de fonder la doctrine sur une base vraiment réaliste, tenant compte de toutes les réalités.

8. — Ayant donc admis ce point de départ, la recherche en commun par les hommes du bonheur, faut-il admettre que de ce *fait* on peut inférer une *norme*? Un reproche, très grave au point de vue philosophique, a été fait à DUGUIT par M. Fr. GÉNY, à savoir que son système offre « un trou béant... pour ce *passage de l'indicatif à l'impératif*, qui reste le nœud essentiel de tout droit comme de toute morale » (1).

J'estime certes qu'identifier philosophiquement le fait et le droit, la constatation scientifique des mœurs existantes et la moralité, c'est un véritable scandale pour la raison. Et je ne dis pas que DUGUIT n'ait pas énoncé des formules qui donnent nettement à entendre qu'il admet cette identification. Telle est cette assertion : « Cette règle ne dit pas à l'homme : fais cela parce que c'est bien, parce que c'est utile, parce que ton bonheur en dépend. Elle lui dit : fais cela parce que cela est » (2). Je crois d'ailleurs que si l'on veut creuser une formule telle que : fais cela parce que cela est, il est impossible de lui trouver un sens. Car

(1) FR. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*, t. II, ch. VII, p. 271.

(2) *L'Etat, le droit objectif et la loi*, introd. p. 16.

si l'on dit : fais cela, c'est que cela peut ne pas être fait; sinon il faudrait dire, non pas : fais cela, mais : il va arriver que tu feras cela. Et d'autre part si l'on dit : cela est, on veut dire qu'en fait cela ne peut pas ne pas être, que, cette loi étant, il n'y a rien à changer au déroulement des faits qu'elle régit, sinon il faudrait dire : cette loi est telle — mais est telle en tant que loi normative; cela est — c'est-à-dire : cela est devant être fait. Je crois qu'il y a quelque chose, non seulement d'illégitime, mais même d'impensable, dans cette philosophie.

Seulement pour ce qui est de DUGUIT, tout d'abord de telles formules sont assez rares, surtout dans le dernier état de sa pensée. Et, même dans le premier état, elles se trouvent quelque peu corrigées par des formules telles que celle-ci : « Si l'homme veut vivre, il ne peut vivre qu'en agissant conformément à la loi de solidarité » (1). Ainsi, suivant cette dernière formule, c'est parce que sa vie en dépend que l'homme doit se conformer à la norme sociale : c'est un moyen en vue d'une fin. Il y a donc bien, je crois, dans la doctrine de DUGUIT, une certaine *fin humaine*, un « vouloir vivre » (2), fin par rapport à laquelle la société est un moyen nécessaire.

En second lieu et surtout, ce passage, il est vrai philosophiquement plein de danger, de l'indicatif à l'impératif, s'effectue, dans la doctrine de DUGUIT, non pas à propos de n'importe quelle loi de fait, mais sur

(1) *Op. cit.*, p. 24.

(2) *Op. cit.*, p. 34.

un terrain très déterminé. Il s'agit de passer de ce fait : l'homme vit socialement, à cette loi : l'homme doit vivre socialement. Or, la question étant posée sur ce terrain très précis, je crois que le passage est légitime. Car le fait constaté à partir duquel il faut passer au droit n'est pas un simple fait ordinaire, il est une *tendance*, et une *tendance essentielle* d'une *nature*. Autant le passage de la loi de fait à la loi de droit est illégitime lorsqu'il s'agit d'une loi qui n'est qu'une collection de faits, telle une loi de statistique, autant il est légitime lorsque cette loi de fait est la constatation d'une tendance essentielle d'une nature. On ne dit plus : fais cela parce que cela est; on dit : fais cela parce que ta nature profonde comporte cet acte. On ne transforme plus un fait quelconque en droit, on *légitime* une *tendance* (1).

Je sais bien que cela implique ce postulat philoso-

(1) Cette légitimation des tendances essentielles de l'homme est un des principes fondamentaux de la philosophie thomiste : « Les fins de l'action humaine ne sont pas, dans la conception thomiste, un idéal en dehors de toute prise, une vaine chimère, une utopie décevante. Elles sont le terme vers lequel le sujet s'achemine d'un mouvement spontané, le but auquel il tend naturellement. Elles sont formées des biens qui manquent à l'être, qu'il est capable d'acquérir, et dont, en développant ses virtualités, il s'assurera la possession et la jouissance. Au terme de l'effort nécessaire, mais possible, elles constituent l'état de perfection et se confondent avec l'être pleinement épanoui et devenu vraiment lui-même... Elles sont la nature même de l'être, s'efforçant vers le mieux être en suivant ses impulsions profondes. Elles s'imposent à la conscience comme une réalité vivante, elles dictent leurs exigences à la raison : et celle-ci tâche de les traduire en préceptes de vie. Ces préceptes forment l'ossature des morales élaborées par les hommes. C'est dans ces corps de règles spontanées que le philosophe, loin de les inventer, les

phique que la loi de tout être est d'agir conformément à sa nature. Mais en face d'un fait aussi premier que le fait social, d'une tendance aussi fondamentale de la nature humaine, il semble bien qu'il soit permis au juriste de considérer ce postulat comme implicitement évident dans la lumière du fait lui-même.

Je crois donc, en définitive, que le passage de l'indicatif à l'impératif, bien que DUGUIT le rattache peut-être à la doctrine philosophique la plus inadmissible, est cependant légitime, dans les conditions où, en pratique, il l'effectue (1).

découvre comme une donnée réelle. » DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, 3^e éd., p. 277.

Le passage du fait au droit, tel que l'effectue DUGUIT, est jugé légitime par M. BARTHÉLEMY, mais s'il l'approuve, c'est en raison de l'inaptitude absolue, à son avis, du seul raisonnement scientifique à fonder la morale, le droit ou la justice : « Les philosophes à la recherche du fondement métaphysique de la morale sont, à un moment qui arrive plus tôt ou plus tard, arrêtés par un *ἀνάγκη στῆναι* ; ils sont obligés de demander un acte de foi, de proposer une adhésion de la conscience, de formuler un impératif catégorique. Le but de l'effort scientifique doit se borner à reculer le plus possible le moment où on est réduit, faute de pouvoir prouver, à demander l'adhésion de la conscience ; je crois que la théorie de M. Duguit recule jusqu'aux dernières extrémités possible la nécessité de l'acte de foi et qu'à ce titre elle doit être approuvée. » Compte rendu du Traité de Droit constitutionnel de Duguit, *Revue de droit public*, t. 28, 1908, p. 160. Je ne crois pas à cette scission entre la science et la philosophie.

M. CUCHE a discuté également d'une façon très intéressante le passage du fait au droit effectué par DUGUIT et les formules inacceptables dont il se sert parfois, notamment celle-ci : fais cela parce que cela est. *En lisant les juristes philosophes*, Paris 1919, pp. 23 et suiv.

(1) Je crois d'ailleurs que si ce passage de l'indicatif à l'impératif à la seule lumière du caractère essentiellement naturel du fait social suffit à faire reconnaître scientifiquement le caractère

§ 3. — *Conclusion : valeur de l'idée-force.*

9. Comparaison des doctrines qui précèdent avec la philosophie de FOUILLÉE.

9. — Pour M. JÈZE, le droit idéal est ce que les hommes croient être le droit idéal. Pour le doyen DUGUIT, la justice n'existe pas autrement qu'à l'état d'idée de justice, dans des consciences humaines. Ces deux thèses de juristes sont à rapprocher, me semble-t-il, de celle du philosophe des idées-forces : « ... la nature ne connaît pas le droit, dit FOUILLÉE, et le droit n'apparaît que dans la pensée des hommes » (1).

FOUILLÉE fonde le droit idéal sur le principe de la relativité de nos connaissances : prenant conscience du caractère relatif de notre connaissance, nous prenons conscience en même temps d'un inconnu, d'un inconnaissable, qui nous limite, qui restreint notre égoïsme théorique et pratique, et par là nous en arrivons à concevoir *problématiquement* un idéal positif. Cet idéal, quoiqu'en lui-même problématique, agit comme idée-force, et, comme tel, tend à se réaliser. C'est cet idéal persuasif qui est le droit pur.

normatif de la loi sociale, elle ne peut suffire à fonder sa force obligatoire dans l'intimité de chaque conscience individuelle. Cette force obligatoire ne peut être fondée que sur la conformité de l'ordre naturel avec l'ordre éternel.

(1) FOUILLÉE, *L'idée moderne du droit*, 7^e éd., p. 385.

Mais encore FOUILLÉE admettait-il que cet idéal avait peut-être une valeur réelle : « Scientifiquement, le droit est une valeur *idéale*, métaphysiquement il est peut-être une valeur réelle » (1). Et il faut bien remarquer — ce que FOUILLÉE d'ailleurs ne dit pas, mais qui me paraît résulter immédiatement des principes posés, — que l'idée-force du droit n'a pas de force que dans la mesure où la probabilité de sa valeur métaphysique nous apparaît, dans la mesure où nous croyons que *quelque chose réside* dans cet inconnaissable qui limite notre connaissance.

Les juristes que j'étudie, écartant toute métaphysique, même se présentant comme une simple hypothèse, soit qu'ils nient absolument la métaphysique, soit qu'ils ne veuillent pas pénétrer dans ce domaine, font du droit idéal quelque chose de radicalement subjectif, d'entièrement renfermé dans les cerveaux humains. De sorte que l'idée-force, avec eux, perd toute sa force. Elle est une idée pure, et purement flottante et inconsistante, sans aucune correspondance, même problématique, dans le réel.

Cette alliance du positivisme et du subjectivisme paraît étrange. Et pourtant elle s'explique. Pour qui consent à philosopher, la philosophie, les raisons profondes des choses, sont à la fois dans l'esprit connaissant et dans le réel. Pour qui ne consent pas à philosopher, il n'y a plus dans les choses de philosophie, d'enchaînement rationnel; il n'y a plus en elles que le

(1) *Op. cit.*, p. 272.

fait qui se constate, non les raisons qu'on peut chercher. Cependant cette philosophie, cette recherche des raisons, est un fait qui s'impose aux positivistes eux-mêmes, qui s'impose à eux comme constaté dans l'esprit des autres hommes : la philosophie, la « raison d'être », n'est plus à la fois dans l'esprit humain et dans les choses, elle n'est plus que dans l'esprit humain, à l'état de phénomène inexpliqué. M. JÈZE n'a pas besoin d'un droit idéal : le droit positif suffirait bien à sa construction positiviste. Mais il constate que les hommes ont une conception du droit idéal; aussi dit-il : le droit idéal est la conception que les hommes se font du droit idéal.

Un juriste, dès qu'il emploie une expression qui le fait sortir du droit positif, fait, qu'il le veuille ou non, de la philosophie. S'il veut être réaliste, il faut qu'il place cette philosophie *dans les choses*.

CHAPITRE II

LA RÈGLE MORALE, ALIMENT DU DROIT

M. G. Ripert.

10 Non-valeur, pour M. G. RIPERT, de l'idée de droit naturel séparée de toute doctrine religieuse. — 11. Rapports de la morale et du droit d'après M. RIPERT. — 12. Discussion; valeur de la raison humaine; possibilité de la connaissance de la loi naturelle. — 13. Rapports de la raison et de la foi; nécessité de la loi divine. — 14. Exemple : l'indissolubilité du mariage. — 15. La double ordination de l'homme, à Dieu et au bien commun de la cité. — 16. Caractères du positivisme de M. RIPERT.

10. — Pour M. G. RIPERT, la croyance au droit naturel est « un dogme qui ne renaîtra plus » (1).

(1) *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 9, p. 16. Je cite d'après la première édition, Paris 1925.

Et voici comment il circonscrit la doctrine qu'il écarte: « La doctrine commune, c'est qu'on ne saurait dans l'élaboration du droit positif faire abstraction de certaines idées premières. Il est bien difficile de distinguer nettement, dans cette élaboration, ce que le technicien doit à ces idées de ce qu'il trouve dans l'expérience de la vie et de ce qu'il y joint d'idéal. Mais *il suffit de constater que le créateur de la règle juridique ne jouit pas d'une volonté souveraine* (1) dans cette création pour faire apparaître l'existence de règles supérieures au droit positif, c'est-à-dire pour admettre l'existence du droit naturel » (2). Sa négation a donc toute l'ampleur possible.

Mais son positivisme n'est ni orgueilleux ni satisfait. Faisant allusion à l'appel de M. GÉNY en faveur d'un droit naturel fondé sur l'idée de justice, il déclare : « La tentation de répondre à cet appel est bien forte... Vraiment si cette science du juste est possible, les juristes ne sauraient se désintéresser de son élaboration... Ils ont trop à gagner à ne pas vivre exclusivement dans le domaine du droit positif » (3).

Malheureusement cette notion de droit naturel ne peut plus s'imposer à l'esprit de l'homme moderne. « Maintenant qu'un impitoyable vent de positivisme a soufflé sur le monde, qui nous rendra la force de croire à ce droit naturel? » (4)

(1) C'est moi qui souligne.

(2) *Droit naturel et positivisme juridique*, annales de la Faculté d'Aix, nouvelle série, n° 1, 1918; n° 15, p. 19.

(3) *Droit naturel et positivisme juridique*, n° 16, p. 20.

(4) *Droit naturel et positivisme juridique*, n° 17, p. 22.

C'est que, pour M. G. RIPERT, l'idée de droit naturel est inséparablement liée à une idée religieuse. Sans doute elle a été laïcisée, mais en vain; car si l'homme veut contrôler la valeur du droit positif, juger l'autorité humaine, il ne peut trouver le principe de ce jugement que dans une autorité divine.

Et si on fait observer que saint THOMAS lui-même a enseigné que l'homme peut, par les seules lumières de sa raison, découvrir les lois essentielles qui conviennent à la nature humaine, M. RIPERT répond que si saint THOMAS a enseigné cette doctrine, c'est que, pour lui, nature et raison ont été également formées par Dieu. « La morale thomiste ne saurait séparer l'idéal juridique de l'idéal religieux » (1).

L'idée n'a donc de valeur qu'en tant qu'idée religieuse, et par conséquent elle ne peut en avoir dans notre société moderne, où les esprits sont trop divisés pour qu'une règle reposant sur une métaphysique religieuse puisse être acceptée par tous (2).

(1) *La règle morale*, n° 7, p. 12.

(2) Les juristes catholiques qui, en matière de droit, sont positivistes, se montrent particulièrement frappés de la *non-réussite* de la doctrine du droit naturel, de ce fait qu'elle ne parvient pas à réaliser un accord entre les esprits. Pour eux, semble-t-il, cette doctrine devrait être un terrain d'entente, et elle ne peut avoir toute sa valeur que comme terrain d'entente : De même M. CUCHE : « Pour que le droit naturel soit un foyer de directions communes, un terrain commun d'entente, — encore une fois c'est un point qu'il ne faut jamais perdre de vue — il est essentiel qu'il y ait accord sur la nature et partant sur l'origine et la destinée soit des individus, soit des sociétés humaines. Il faut en somme que tous ceux qui travaillent à l'élaboration du droit positif communient en la même philosophie sociale ou en la même philosophie de l'homme. Voilà le postulat. » *Conférences de philo-*

Si l'on veut toutefois admettre l'existence d'un droit naturel, les mêmes difficultés se retrouvent lorsqu'il s'agit d'en analyser le contenu. La philosophie moderne du droit a renoncé à soutenir qu'il existe des règles éternelles et immuables qui se retrouveraient identiques à toutes les époques et dans tous les pays. Elle ne professe plus que l'existence d'un droit naturel à contenu variable. Mais celui-ci ne peut être qu'un fonds commun de tradition ou de préjugés, ou bien un cadre vide où chacun place ce qu'il veut (1).

Essayera-t-on de définir ce contenu par la notion de justice? Cette thèse est éminemment dangereuse. Vouloir faire régner la justice c'est aller à la réglementation de toutes les actions, de toutes les paroles, de toutes les pensées, à l'anéantissement de la liberté; ce fut le rêve de toutes les tyrannies. « Il a fallu un grand effort de l'esprit humain pour accepter un principe de liberté tel que les Pouvoirs publics voulassent bien renoncer à assurer le respect de la morale pour se contenter d'exiger le respect du droit. Cet

sophie du droit, Paris, Dalloz 1928, p. 13. Pour M. Cuche, l'idée que le droit naturel doit être un terrain d'entente est un point acquis; et l'accord des théoriciens du droit sur la philosophie sociale et sur la philosophie de l'homme est un postulat impliqué par la découverte de ce terrain d'entente. Je crois au contraire que ce qui est un postulat c'est cette idée que le droit naturel doit être un terrain d'entente; et ce postulat n'est pas justifié. La doctrine du droit naturel est une doctrine dont il s'agit de savoir si elle est vraie, non si elle est un bon terrain d'entente. Il faut remarquer avec PASCAL que nous n'avons pas mission de faire triompher la vérité, mais de combattre pour elle; et il faut dire avec M. RIPERT lui-même : « Nous n'avons pas à les convaincre tous. »

(1) *Droit nat. et posit. jur.*, n° 20, pp. 24 et 25.

effort a conduit à distinguer le droit et la morale sans nier leurs points de contact, mais avec une claire conscience que leurs doctrines étaient différentes et leurs sanctions inégales. Si l'on ramène le droit à l'éthique, la règle juridique à la norme morale, tout ce long effort tombe inutile » (1).

11. — Dans ce passage est amorcée la distinction qui va sauver M. RIPERT de ce fétichisme de la loi positive où semblerait devoir le conduire sa négation de tout obstacle à la volonté arbitraire du législateur (2). Si aucune règle supérieure ne s'impose au législateur, ne va-t-il pas falloir adorer la loi positive comme un absolu? — Il faudra s'incliner devant elle, mais non l'adorer. Voici la construction philosophique, basée sur la distinction de la morale et du droit, qui permet à M. RIPERT de maintenir, en face de son positivisme, un certain idéalisme :

La différence qui existe entre la règle morale et la règle juridique n'est ni une différence de domaine, ni une différence de nature, ni une différence de but. Elle est une différence de caractère : la règle juridique est une règle morale élaborée et sanctionnée par le législateur. Elle se sépare alors de la règle morale qui lui sert de fondement; l'ordre juridique se suffit à lui-même, il donne la règle et porte la sanction, il

(1) *Droit nat. et posit. jur.*, n° 23, p. 27.

(2) Ce fétichisme est loin de sa pensée. Il ne manque pas de le flétrir. V. notamment : *La règle morale...* n° 208, p. 392.

impose l'obéissance sans entrer dans les raisons morales de cette obéissance. La morale est la sève qui nourrit le droit; mais, une fois mûr, le fruit se suffit à lui-même (1).

Ceci posé, il faut envisager séparément la situation du citoyen, et celle du législateur. Le citoyen est soumis à la loi comme le faible au fort, il n'a pas à discuter la loi, il lui est seulement loisible de chercher un fondement à son obéissance dans des raisons morales où la discussion scientifique n'est plus de mise : il peut voir dans toute autorité un pouvoir divin, ou croire qu'il se soumet à l'ordre naturel, ou au déterminisme universel, ou qu'il obéit à un impératif catégorique résidant dans sa raison. Il est « libre de choisir sa philosophie et impuissant à braver les lois » (2).

Le législateur est dans une situation toute différente : il lui appartient d'élaborer la règle juridique, en la tirant de la règle morale qui lui sert de fondement. Or, sur le contenu de la règle morale, l'accord n'est pas réalisé entre les esprits. Le législateur ne pourra donc et ne devra pas faire autre chose que traduire dans les lois sa conception personnelle de la morale : « Il ne s'agit pas de réaliser le droit, puisque le Droit n'a pas d'existence réelle en dehors des formes changeantes sous lesquelles il apparaît; il s'agit simplement de réaliser une certaine conception du droit. Il faut lutter, non pour l'idée abstraite de jus-

(1) *La règle morale*, n° 6, pp. 10 et 11.

(2) *La règle morale*, n° 13, p. 23.

tice, car la lutte serait vaine, mais pour faire triompher notre idée personnelle de la justice » (1).

Quel est l'idéal que, personnellement, M. RIPERT propose comme devant servir d'aliment à la règle juridique? C'est l'idéal chrétien. Le droit à construire est destiné à une société fondée sur la morale chrétienne. Cette morale a fait ses preuves, la civilisation augmente dans la mesure où elle triomphe; le juriste ne peut s'en désintéresser (2).

Mais une difficulté grave s'élève. La société moderne n'est pas entièrement chrétienne. Or, certaines des règles juridiques que le législateur chrétien s'efforcera de faire pénétrer dans le droit ne trouvent leur justification dernière que dans la règle religieuse qui leur sert de base. Tel est le principe de l'indissolubilité du mariage, fondé en dernière analyse sur le caractère sacramentel de celui-ci. Est-il possible, est-il même légitime, d'imposer ainsi des règles juridiques issues de nos croyances à ceux qui ne partagent pas ces croyances?

M. RIPERT répond qu'il ne s'agit pas d'imposer la règle juridique au nom de la morale religieuse. Il faudra, comme le fait toujours saint THOMAS, justifier son application par des considérations rationnelles et historiques. D'ailleurs « si dure qu'elle soit, la loi est la loi pour qui veut vivre en société. Pour imposer la loi, il suffit d'être les plus forts. Que l'on n'entende

(1) *Droit nat. et posit. jurid.*, n° 36, p. 46. Cf *La règle morale*, n° 15, p. 25.

(2) *La règle morale*, n° 17, p. 28.

pas ce mot dans le sens brutal de l'exercice arbitraire de la force politique. Etre les plus forts, c'est savoir convaincre les sujets de droit que des règles imposées par une certaine conception religieuse ou morale du monde sont les meilleures qui puissent leur être données » (1).

Le chrétien doit donc lutter pour qu'arrivent à la vie juridique les préceptes de la morale chrétienne, tels que celui qui défend de considérer le travail d'autrui comme une marchandise, celui de l'assistance fraternelle, celui aussi de l'indissolubilité du mariage.

M. RIPERT conclut ainsi son étude dans les *Annales* de la Faculté d'Aix : « Que chacun de nous lutte pour ses croyances et pour son idéal. Mais si nos idées deviennent lois, gardons-nous de proclamer le triomphe de la justice. Sachons seulement que cette loi c'est un traité de paix entre des forces rivales. Demain la lutte reprendra que nul de nous ne peut désertier. Il ne sert de rien de s'endormir dans la douce croyance qu'il existe un droit naturel. Cette croyance ne nous donnera ni la sécurité dans le jugement, ni la force dans l'action, ni la tolérance dans la victoire. Mais si nous prenons pleine conscience de la valeur véritable du pouvoir politique et des facteurs qui agissent sur ce pouvoir, nous pourrons faire œuvre pratique sans rien sacrifier de notre idéal ».

(1) *La règle morale*, n° 17, p. 29.

12. — On voit quelle est la netteté et la sincérité de l'attitude prise par le professeur RIPERT. Il a cherché le fondement rationnel de la règle juridique; il ne l'a pas trouvé. Déduire telle ou telle règle juridique de la notion de justice, il l'a « très loyalement essayé ». Il a été « comme beaucoup d'autres séduit autrefois par cette floraison de théories et attiré par leur aspect scientifique. Elles ne laissent à l'esprit qu'une profonde déception » (1). Il a un sens trop austère de la vérité pour accepter et nous proposer des démonstrations qui ne lui paraissent pas suffisantes. Il préfère imposer à son esprit de juriste et de philosophe le renoncement total. Et c'est ce renoncement qu'il nous offre pour solution à « l'éternel problème » (2) qui hante les esprits. Ce renoncement il est vrai nous laisse pour refuge « la vieille loi morale » qui « nous donne des règles que nul ne peut nier ni transgresser sans être coupable » (3). Nous n'avons qu'à marcher dans le sens où elle nous guide, et nous efforcer d'y faire marcher avec nous la société.

Il est impossible de ne pas rapprocher cet austère renoncement de celui de Pascal. Et en effet : « De cette confusion arrive que l'un dit que l'essence de la justice est l'autorité du législateur; l'autre, la commodité du souverain; l'autre, la coutume présente, et c'est le plus sûr : rien, suivant la seule raison, n'est

(1) *La règle morale*, nos 206 et 207, pp. 388 et 389.

(2) *Droit nat. et posit. jur.*, n° 15, p. 20.

(3) *La règle morale*, n° 206, p. 388.

juste de soi; tout branle avec le temps. La coutume fait toute l'équité, par cette seule raison qu'elle est reçue; c'est le fondement mystique de son autorité. Qui la ramène à son principe l'anéantit. Rien n'est si fautif que ces lois qui redressent les fautes; qui leur obéit parce qu'elles sont justes, obéit à la justice qu'il imagine, mais non pas à l'essence de la loi; elle est toute ramassée en soi; elle est loi, et rien d'avantage » (1). M. RIPERT ne refuserait sans doute pas de souscrire à cette pensée. Et son idée qu'il convient de diriger les hommes sans toujours leur donner toutes les raisons de cette direction est proche aussi de PASCAL : « C'est pourquoi le plus sage des législateurs disait que, pour le bien des hommes, il faut souvent les piper; et un autre, bon politique : *Quum veritatem qua liberetur ignoret, expedit quod fallatur* » (2).

Après PASCAL on a encore cherché, et on cherchera toujours, s'il y a des lois naturelles, et quelles sont ces lois.

Quelle fissure essayerons-nous donc de trouver dans le système de M. RIPERT, qui nous permette de sortir de cette attitude désespérée?

Le postulat essentiel impliqué par la thèse de M. RIPERT est le suivant : le droit naturel ne peut se soutenir que s'il est d'origine divine. « Pour que le droit

(1) *Pensées*, III — 8, éd. Havet, p. 48.

(2) *Ibid.*, p. 49.

idéal... puisse se prétendre supérieur au droit positif, il faudrait qu'il n'eût pas la même origine. Mais comme on l'a fait sortir de la raison humaine, il porte avec lui la tare de son humanité, et je ne vois pas ce qui peut le différencier de cette raison humaine qui légifère et qui juge » (1).

Voilà donc le problème transporté aux plus hauts sommets de la philosophie : la raison humaine est-elle par elle-même capable de pénétrer les lois essentielles de la nature humaine ?

Il faut dissiper une première difficulté. Qu'est-ce qui différencie la raison humaine en tant qu'elle prétend à la connaissance du droit idéal (2) de cette raison humaine qui légifère et qui juge ? C'est que l'une est la raison spéculative, l'autre la raison pratique, et la première juge la seconde, comme le savant juge d'après les principes de la mécanique la machine du praticien. Légiférer relève de la « technique », qui est jugée par la « science » (3).

Mais reste la « tare de l'humanité ». Qu'importe que la raison spéculative ait des droits sur la raison pratique si elle-même est viciée, et incapable d'atteindre le vrai ?

Ici il semblerait que la réponse du philosophe spiritualiste fût indiquée par M. RIPERT lui-même. Il rap-

(1) *La règle morale*, n° 208, p. 391.

(2) L'expression « droit idéal » prête à confusion. Je l'emploie ici parce qu'elle figure dans le texte que je commente.

(3) Cf. GÉNY, *Science et technique en droit privé positif*; t. IV : Rapports entre l'élaboration scientifique et l'élaboration technique du droit positif, Paris, Sirey 1924; notamment ch. IV et V.

pelle, en effet, nous l'avons vu, que pour saint THOMAS l'homme peut par ses seules lumières de raisonnement découvrir les lois qui conviennent le mieux à la nature humaine. Et il explique cette affirmation de saint THOMAS par sa croyance à l'origine également divine de la nature et de la raison. Allons-nous donc dire que la nature et la raison ayant l'une et l'autre été créées par Dieu, nous pouvons en conclure que les lois de la première sont accessibles à la seconde?

Nous ne le pouvons pas, et saint THOMAS ne le fait pas.

Certes pour saint THOMAS la nature et la raison humaine ont bien été formées par Dieu, et tout ce que nous connaissons, nous le connaissons dans la lumière divine. Et c'est bien parce que raison et nature ont même origine divine que notre raison est capable de retrouver les lois de la nature. Mais ce n'est pas parce que *nous savons* que raison et nature ont même origine divine que *nous savons* que notre raison nous livre une connaissance vraie (1). Notre croyance à la valeur objective de notre connaissance repose sur des raisons de fait, sur l'expérience même de la connaissance. Et si nous voulons nier cette valeur objective, il n'y a point de remède. « C'est en raison de cette doctrine [que l'intellect agent est en nous participation divine] que saint THOMAS a pu paraître quelque-

(1) *Deus est quidem, in quo omnia cognoscuntur, non ita quod alia non cognoscantur nisi eo cognito, sicut in principiis per se notis accidit, sed quia per ejus influentiam omnis causatur in nobis cognitio.* Saint THOMAS D'AQUIN, C. Gentes, I, ch. XI.

fois faire à la question de l'origine de nos certitudes la réponse de Descartes : « Que quelque chose soit su « avec certitude, cela nous vient de la lumière intérieure de la raison *par laquelle Dieu nous parle* » (I^a pars, q-II, art. 1, arg. 5), mais ce n'est là qu'une apparence. Si saint THOMAS s'exprime comme Descartes, ce n'est pas dans le même esprit. La phrase citée et toutes autres semblables — elles sont fréquentes — n'expriment que l'origine *de fait* de nos certitudes; elles n'entendent pas affirmer qu'il soit nécessaire de passer par cette idée de la divinité de notre intelligence pour avoir confiance en elle. Saint THOMAS affirme toujours que cette confiance nous est naturelle, et il en conclut qu'elle se suffit. Que si elle ne se suffisait pas, nous serions sans ressources, même en invoquant Dieu; car cette invocation elle-même en procède, comme les prolégomènes à la preuve de Dieu l'ont fait voir. Nous n'avons aucun moyen de dépasser la nature pour lui chercher des fondements. « Ce qui est naturel à la raison nous apparaît si « nécessairement vrai, que nous ne pouvons pas « même penser que cela soit faux » (I C. Gentes, cap. VII). Si, en effet, par un retour sur nous (*reditio completa*), nous essayons de le mettre en doute, c'est encore par son moyen. L'adhésion aux principes du savoir n'est donc qu'une adhésion à nous-mêmes » (1).

Ainsi donc, bien que Dieu soit la source de toute vérité, il nous faut, avant même de faire un acte de

(1) A.-D. SERTILLANGES, *Saint Thomas d'Aquin*, t. II, liv. V, ch. IV k.

foi en Lui, faire un acte de foi en la valeur de notre raison. Toute la question est donc de savoir si cet acte de foi en la raison est légitime.

Et il est clair qu'aucune raison ne peut le légitimer. Car cette raison serait l'œuvre de la raison, et exigerait donc un acte de foi antérieur en celle-ci. Il ne peut être légitimé que par des faits.

D'abord ce fait qu'il est inévitable :

« Εἰ μὲν φιλοσοφητέον, φιλοσοφητέον, καὶ, εἰ μὴ φιλοσοφητέον, φιλοσοφητέον, πάντως ἄρα φιλοσοφητέον. »

Chacun, le voulant ou ne le voulant pas, raisonne, ne serait-ce que pour démontrer qu'il est impossible de raisonner.

Ensuite le fait que la science existe, donc est possible. Certes elle ne nous donne pas la connaissance de l'essence des choses *par le dedans*, mais elle nous en donne, tout de même, une certaine connaissance. Et l'avantage d'une attitude réaliste en philosophie est de permettre la justification de celle-ci en même temps que celle de la science. La science est une, la philosophie en est le couronnement, elle n'en diffère pas essentiellement par sa méthode, ni par la nature de ses certitudes.

13. — Il faut donc maintenir la possibilité d'une philosophie, en particulier d'une philosophie de la nature humaine capable de nous donner, de même que l'étude de la plante nous donne le régime qui lui

convient, les règles essentielles du régime social qui convient à l'homme (1).

Mais il faut reconnaître qu'au point de vue pratique le pessimisme de M. RIPERT est loin d'être sans fondement. La science est difficile, la philosophie l'est encore plus, et il n'est pas de sottise au monde qu'un philosophe ne se soit trouvé pour soutenir. La raison humaine est capable de grandes vérités, mais par ses seules forces elle les atteint bien mal. Si donc théoriquement le domaine de la raison et celui de la foi sont séparés (2), cependant en fait la raison a besoin d'être aidée par la foi. Comme le dit M. GILSON, commentant un passage de la *Somme contre les gentils*, « non seulement, en effet, il se peut que certaines vérités soient crues par les ignorants et sues par les savants, mais encore il arrive souvent qu'en raison de la faiblesse de notre entendement et des écarts de notre imagination l'erreur s'introduise dans nos recherches. Nombreux sont ceux qui perçoivent mal ce qu'il y a de concluant dans une démonstration et qui, en conséquence, demeurent incertains touchant les vérités les mieux démontrées. La constatation du désaccord qui règne, sur la même question, entre des hommes réputés sages, achève de les démonter. Il était donc salutaire que la providence imposât comme articles de foi les vérités accessibles à la raison, afin que tous

(1) Avec de graves différences évidemment, mais qui proviennent précisément de la complexité des éléments qui entrent dans la nature humaine.

(2) *Impossibile est quod de eodem sit fides et scientia*. SAINT THOMAS, *Qu. disp. de Veritate*, q. XIV, art. 3, ad Resp., et ad 6.

participassent aisément à la connaissance de Dieu, et cela sans avoir à craindre le doute ni l'erreur » (1).

La faiblesse de la raison est un des arguments que saint THOMAS invoque pour démontrer la nécessité de la loi divine : « *Secundo, quia propter incertitudinem humani iudicii, præcipue de rebus contingentibus et particularibus, contingit de actibus humanis diversorum esse diversa iudicia, ex quibus etiam diversæ et contrariæ leges procedunt. Ut ergo homo absque omni dubitatione scire possit quid ei sit agendum et quid vitandum, necessarium fuit ut in actibus propriis dirigeretur per legem divinitus datam, de qua constat quod non potest errare* » (2).

C'est à cause de cette nécessité de la loi divine, plus profondément sentie dans une époque moralement plus troublée, que la loi naturelle est souvent masquée par elle au point de pouvoir sembler inutile à des chrétiens. De plus, à notre époque — et cela a pu faciliter une première réaction en face de la confusion des doctrines — il est des esprits plus pratiques que spéculatifs, même en matière spirituelle, qui plutôt qu'une doctrine cherchent une loi. On va à une religion parce qu'on sait y trouver un équilibre moral d'une nature telle qu'on ne peut le trouver nulle part ailleurs. On se *fie* à *sa loi* — pragmatisme et fidéisme se rejoignent — sans toujours s'apercevoir des satisfactions profondes qu'elle donne à la raison, ni de la

(1) *Le thomisme*, introduction au système de saint Thomas d'Aquin, ch. III, foi et raison (pp. 46 et 47 de la 3^e éd.).

(2) *Sum. theol.* Ia IIæ, q. 91, art. 4.

collaboration qu'elle lui demande pour recevoir son sens plein.

Ne se fier qu'à la loi divine, en ignorant la loi naturelle, effacer l'ordre naturel au profit de l'ordre surnaturel, il y a là un danger. L'ordre surnaturel est plus éminent que l'ordre naturel; et d'autre part il est vrai de dire qu'il ne se surajoute pas à lui en lui restant comme étranger, mais le pénètre entièrement pour le transformer. Cependant la surnature suppose la nature; et celle-ci, à elle seule, forme déjà un tout.

14. — Je voudrais montrer maintenant comment ces deux principes complémentaires (fondement naturel des normes essentielles qui régissent les hommes, force qu'apporte à ce fondement naturel l'injonction de la loi divine) s'appliquent à un cas particulier brièvement examiné par M. RIPERT, celui de l'indissolubilité du mariage : « Pour se prononcer, dit M. RIPERT, il faut en arriver à méditer sur la nature même du mariage, et seule, la croyance à sa nature sacramentelle peut dicter une solution décisive contre le divorce » (1).

Qu'enseigne à ce sujet saint THOMAS? Pour lui la fin principale du mariage est la procréation et l'éducation des enfants, la fin secondaire est la société de l'homme et de la femme, qui nécessite leur fidélité réciproque.

(1) *La règle morale*, n° 17, p. 28.

Enfin, en tant que le mariage est contracté entre des fidèles, il a encore une autre fin, qui est de signifier l'union du Christ et de l'Eglise; et en ce sens il est un sacrement (1). Et le caractère le plus essentiel du mariage est d'être ordonné à la procréation des enfants, bien que le caractère sacramentel soit plus digne (2).

De ces principes que résulte-t-il au point de vue de l'indissolubilité du mariage? C'est ce que saint THOMAS examine dans la question LXVII du supplément de la troisième partie de la *Somme théologique*. Dans l'article premier, il se demande si l'indissolubilité du mariage est de droit naturel. En faveur de la réponse négative il présente plusieurs arguments, parmi lesquels le fait qu'alors que le droit naturel semblerait devoir être commun à toutes les lois, l'indissolubilité du lien conjugal n'est imposée que par la seule loi du Christ, et en second lieu le fait que le mariage

(1) *Matrimonium ergo habet pro fine principali proles procreationem et educationem, qui quidem finis competit homini secundum naturam sui generis, unde et aliis animalibus est communis, ut dicitur in VIII Ethic., cap. XII, a med., et sic bonum matrimonii assignatur proles. Sed pro fine secundario, ut dicit Philosophus, ibid., habet in hominibus solis communicationem operum quæ sunt necessaria in vita, ut supra dictum est. Et secundum hoc fidem sibi invicem debent quæ est unum de bonis matrimonii. Habet ulterius alium finem, inquantum inter fideles est, scilicet significationem Christi et Ecclesiæ; et sic bonum matrimonii dicitur « sacramentum ». Sum. theol. s. III, q. LXV, art. 1 au corps de l'article.*

(2) *Constat quod proles est essentialissimum in matrimonio, et secundo fides, et tertio sacramentum; sicut etiam homini est essentialius esse naturæ quam esse gratiæ, quamvis esse gratiæ sit dignius. Sum. theol. s. III, q. XLIX, art. 3 au corps de l'article.*

est un sacrement : or, les sacrements ne sont pas de droit naturel. Il conclut en sens contraire, parce que le mariage est ordonné par la nature au bien des enfants pour toute leur vie; et il est pour cela nécessaire que le père et la mère ne se séparent jamais. Au premier argument donné en faveur de la thèse adverse il répond que seule la loi du Christ a pu conduire le genre humain à la perfection de sa nature. Au second il répond que la dissolution du mariage répugne plus directement à la nature du sacrement qu'au bien des enfants, mais que cependant elle répugne aux deux. En tant que l'indissolubilité est exigée par le bien des enfants, elle est de droit naturel; en tant qu'elle est exigée par le sacrement, elle n'est pas de droit naturel (1).

(1) *Ad primum sic proceditur. 1. Videtur quod inseparabilitas uxoris non sit de lege naturæ. Lex enim naturæ communis est apud omnes. Sed nulla lege præter legem Christi fuit prohibitum uxorem dimittere. Ergo inseparabilitas uxoris non est de lege naturæ.*

2. Præterea, sacramenta non sunt de lege naturæ. Sed inseparabilitas matrimonii ad sacramenti bonum pertinet. Ergo non est de lege naturæ.

3. Præterea, conjunctio viri et feminæ in matrimonio ordinatur principaliter ad prolis generationem et educationem et instructionem. Sed hæc omnia aliquo certo tempore consummantur. Ergo post illud tempus licet uxorem dimittere sine aliquo præjudicio legis naturæ.

4. Præterea, ex matrimonio principaliter quæritur bonum prolis. Sed inseparabilitas matrimonii est contra bonum prolis, quia ut dicunt philosophi, aliquis vir non potest ex aliqua femina prolem accipere, qui tamen ex alia accipere posset, et quæ etiam ab alio viro imprægnaretur. Ergo inseparabilitas matrimonii magis est contra legem naturæ quam de lege naturæ.

Sed contra, illud præcipue est de lege naturæ quod natura bene

A l'article suivant, saint THOMAS expose que cependant l'indissolubilité du mariage ne relève pas des tout premiers préceptes de la loi naturelle, mais des

instituta accepit in sui principio. Sed inseparabilitas matrimonii est hujusmodi, ut patet, Matth., XIX. Ergo est de lege naturæ.

Præterea, de lege naturæ est quod homo Deo non contrarietur. Sed homo quodammodo contrarius esset Deo, si separaret « quos Deus conjunxit ». Cum ergo ex hoc habeatur inseparabilitas matrimonii, Matth., XIX, videtur quod sit de lege naturæ.

Respondeo dicendum, quod matrimonium ex intentione naturæ ordinatur ad educationem prolis non solum ad aliquod tempus; sed per totam vitam prolis. Unde de lege naturæ est quod parentes filiis thesaurizent, et filii parentum heredes sint, II Cor., XII. Et ideo, cum proles sit commune bonum viri et uxoris, oportet eorum societatem perpetuo permanere indivisam, secundum legis naturæ dictamen. Et sic inseparabilitas matrimonii est de lege naturæ.

Ad primum ergo dicendum, quod sola lex Christi humanum genus ad perfectum adduxit, reducens illud in statum novitatis naturæ. Unde et in lege Moysi et in legibus humanis non potuit totum auferri quod contra legem naturæ erat; hoc enim soli legi spiritus vitæ reservatum est.

Ad secundum dicendum, quod inseparabilitas competit matrimonio, secundum quod est signum perpetuæ conjunctionis Christi et Ecclesiæ, et secundum quod est in officium naturæ ad bonum prolis ordinatum, ut dictum est. Sed quia separatio matrimonii magis directe repugnat significationi sacramenti quam prolis bono, cui ex consequenti repugnat, ut dictum est, inseparabilitas matrimonii magis in bono sacramenti intelligitur quam in bono prolis; quamvis in utroque intelligi possit: et secundum quod pertinet ad bonum prolis, erit de lege naturæ, non autem secundum quod pertinet ad bonum sacramenti.

Ad tertium patet solutio ex dictis.

Ad quartum dicendum, quod matrimonium principaliter ordinatur ad bonum commune, ratione principalis finis, qui est bonum prolis; quamvis etiam ratione finis secundarii ordinetur ad bonum personæ matrimonium contrahentis, prout per se est in remedium concupiscentiæ. Et ideo in legibus matrimonii magis attenditur quid omnibus expediat, quam quid uni competere possit. Quamvis matrimonii inseparabilitas impediatur bonum prolis in aliquo homine, tamen est conveniens ad bonum prolis simpliciter. Et propter hoc ratio non sequitur.

préceptes seconds, dérivés, car elle est nécessaire, non pour l'éducation même des enfants, mais pour la préparation par les parents des choses qui leur seront nécessaires pour la vie; cela n'est pas dans la toute première intention de la nature, suivant laquelle tous les biens sont communs. Au contraire, en tant que le mariage est un sacrement, l'indissolubilité en est un caractère premier (1).

Pour saint THOMAS donc, la nature purement naturelle du mariage dicte déjà une solution décisive contre le divorce. Mais la solution est plus décisive encore lorsqu'elle est dictée par sa nature sacramentelle.

Ainsi la grâce surélève et perfectionne la nature sans la détruire. La volonté de Dieu sur nous n'est pas arbitraire: il ne nous commande pas autre chose que de réaliser la plénitude de notre nature humaine. Et c'est pourquoi le péché n'est pas « une infraction à quelque règlement de douane céleste » (2) ; il est une atteinte à l'ordre, l'acte d'une créature qui se détourne

(1) ... *Inseparabilitas enim matrimonii non ordinatur ad proles bonum, quod est principalis matrimonii finis, nisi quantum ad hoc quod per parentes filiis provideri debet in totam vitam per debitam præparationem eorum quæ sunt necessaria vitæ. Hujusmodi autem præparatio non est de prima intentione naturæ, secundum quam omnia sunt communia.*

.....
Ad tertium dicendum, quod inseparabilitas, quamvis sit de secunda intentione matrimonii, prout est in officium naturæ, est tamen de prima intentione ipsius, prout est sacramentum Ecclesiæ.

(2) MARITAIN, Réponse à Jean Cocteau, Paris 1926, p. 15.

de sa fin, donc de sa vraie nature (1). « *Non videtur esse responsio sufficiens, si quis dicat quod facit injuriam Deo. Non enim Deus a nobis offenditur nisi ex eo quod contra nostrum bonum agimus.* (2) » C'est pourquoi aussi, lorsque nous présentons des raisons rationnelles pour justifier une règle juridique inspirée de la morale chrétienne, nous pouvons les donner, non comme des raisons adjointes à la raison d'autorité divine qui, pour nous, fonde la règle, mais comme des raisons essentielles et pleinement convaincantes.

15. — Que l'on admette que le législateur doit s'inspirer d'un idéal moral, ou d'une règle juridique objective dont la tendance profonde est l'orientation de la nature humaine vers sa perfection, il faut toujours répondre à l'objection présentée par M. RIPERT : vouloir faire régner la justice et la perfection en ce monde, c'est entreprendre une réglementation de tous les actes, de toutes les paroles, de toutes les pensées même, c'est vouloir l'asservissement des consciences (3). M. RIPERT, nous l'avons vu, échappe à cette difficulté par une distinction faite entre la morale et le droit. Et

(1) Car « la nature et la fin coïncident, sauf que la fin, c'est la nature pleinement réalisée, par le moyen de l'activité naturelle. » SERTILLANGES, *op. cit.*, t. II, ch. IV A, p. 292.

(2) SAINT THOMAS, *Contr. gent.* III, 122, cité par DEPLOIGE, *le conflit de la morale et de la sociologie*, ch. VII — 6.

(3) « Quand on veut rendre les hommes bons et sages, libres, modérés, généreux, on est amené fatalement à vouloir les tuer tous. » ANATOLE FRANCE, *Les opinions de M. Jérôme Coignard*.

c'est bien, aussi, par une telle distinction que la morale thomiste permet d'apporter sur cet irritant problème une apaisante lumière. Pour saint THOMAS, la règle morale et la règle juridique dirigent l'homme, l'une en tant qu'il est ordonné à Dieu directement, l'autre en tant qu'il est ordonné au bien commun de la cité, comme la partie au tout. Or l'homme est totalement ordonné à Dieu comme à sa fin éternelle, et c'est pourquoi tous ses actes sans exception relèvent de la loi morale. Au contraire, il n'est pas ordonné au bien commun de la cité « *secundum se totum et secundum omnia sua* » (1). De sorte que si toutes les vertus peuvent tomber sous le commandement de la loi humaine, car toutes peuvent être requises en vue du bien commun, cependant ce ne sont pas *tous les actes* de toutes les vertus qui tombent sous cette loi, mais seulement les actes qui peuvent, soit directement, soit indirectement, être ordonnés au bien commun (2). Ainsi la loi ne se substitue pas à la morale pour faire régner la vertu; elle n'exige des citoyens que la collaboration au bien commun, à l'intérêt général. Il est vrai que cet intérêt général consistera dans la réalisa-

(1) *Sum. theol.* IIa IIæ, q. 21, art. 4, ad. 3um.

(2) *Lex autem, ut dictum est, ordinatur ad bonum commune; et ideo nulla virtus est de cujus actibus lex præcipere non possit. Non tamen de omnibus actibus omnium virtutum lex humana præcipit, sed solum de illis quæ ordinabiles sunt ad bonum commune, vel immediate, sicut cum aliqua directe propter bonum commune fiunt; vel mediate, sicut cum aliqua ordinantur a legislatore pertinentia ad bonam disciplinam, per quam cives informantur, ut commune bonum justitiæ et pacis conservent.* *Sum. theol.* Ia IIæ, q. 96, art. 3, au corps de l'article.

tion de conditions de vie sociale telles que chaque citoyen et tous soient mis en mesure le mieux possible de vivre une vie conforme à leur nature d'hommes, donc aussi parfaite que possible. Et ainsi la loi a bien pour objet final la réalisation de la vertu, mais par l'intermédiaire seulement du bien commun, qui est sa fin prochaine. Elle accomplit à l'égard des actes humains la fonction d'ordination qui lui est propre, tout en respectant « ce ciel spirituel caché au plus intime de nous, et au dedans de quoi est le royaume de Dieu, *regnum Dei intra vos est* (1) ».

16. — Il n'est rien de plus difficile que de classer un auteur dans une catégorie déterminée. M. RIPERT est-il réellement un adversaire absolu du droit naturel? On a prétendu le contraire : « Ils m'ont rangé, dit-il, malgré ma protestation, parmi les défenseurs de ce droit naturel pour avoir écrit qu'il existe une règle morale au-dessus des lois positives » (2).

Je ne crois pas, pour ma part, que M. RIPERT puisse être rangé parmi les partisans du droit naturel. Il a dit lui-même, il est vrai, qu'il suffit de croire que le législateur ne jouit pas d'un arbitraire absolu pour être partisan du droit naturel. Or, il affirme — et tout son important ouvrage sur la règle morale dans les obligations civiles est le développement de cette affirmation — que le législateur doit s'inspirer d'une loi

(1) MARITAIN, *Primauté du spirituel*, p. 14.

(2) *La règle morale*, préface de la seconde édition, Paris, 1927.

morale. Ceci semble bien se retourner contre lui. Cependant je crois qu'il est dans sa pensée que le législateur, même si chrétien, il se croit strictement obligé de s'inspirer de la morale chrétienne, jouit encore, en tant que législateur, d'un arbitraire absolu; et cet arbitraire, il l'utilise justement à faire passer dans les lois le contenu de sa conscience d'homme. Il n'y a pas ici de droit naturel.

Et en effet, pour qu'une règle s'imposant au législateur puisse être qualifiée de droit naturel, il est nécessaire, est-il besoin de le remarquer, qu'elle soit d'une part une règle juridique, d'autre part une règle naturelle. Celle de M. RIPERT est une règle morale, et d'origine surnaturelle.

M. RIPERT est-il positiviste? En matière juridique, le mot positivisme a un sens précis : est positiviste tout juriste qui pense que le droit positif se suffit à lui-même. Pour M. RIPERT, nous venons de le dire, le droit positif se suffit bien à lui-même en tant que droit, mais il ne se suffit pas à lui-même absolument, puisqu'il suppose comme fondement la règle morale. Il y a là, semble-t-il, une distinction importante. Plus que le qualificatif de positiviste, M. RIPERT mériterait, à mon sens, celui de moraliste. Le nom de positiviste a en effet l'inconvénient de ne mettre en évidence que l'aspect destructeur de son œuvre, non son aspect constructeur. Or le positivisme de M. RIPERT n'est, en réalité, pour lui, qu'un point de départ; s'il l'adopte,

c'est pour en sortir aussitôt (1). « Le monde moderne dans son organisation juridique est-il arrivé à créer un droit qui se suffise à lui-même ou bien reste-t-il dominé par la grande loi morale qui depuis des siècles de christianisme régit les âmes des peuples européens? Voilà l'objet propre de ces recherches » (1). S'il refuse de croire au droit naturel, c'est de crainte d'être par lui empêché de s'élever plus haut : « Il ne faut pas chercher à les justifier (les règles du droit chrétien) en les banalisant et les défendre au nom d'un idéal commun à tous. Nous devons au contraire les maintenir dans leur sévère commandement et leur nécessaire intransigeance » (2).

Cette nécessaire intransigeance, il faut remercier M. RIPERT de l'avoir proclamée. Mais ce n'est point y renoncer que de croire au droit naturel. Il ne faut pas banaliser la loi chrétienne en l'abaissant au niveau d'un idéal commun à tous. Mais il faut relever jusqu'à elle cet idéal commun : « *in lege Moysi et in legibus humanis non potuit totum auferri quod contra legem naturæ erat; hoc enim soli legi spiritus vitæ reservatum est* » (3).

(1) Cet aspect constructeur de la doctrine de M. G. Ripert a été mis en évidence par M. A. MESTRE : *Morale et obligation civile*, revue trimestrielle de droit civil, janvier-mars 1926.

(2) *La règle morale*, n° 1, p. 2.

(3) *Ibid.*, préface de la 2^e édition.

(4) SAINT THOMAS, *Sum. theol.* s. III, q. LXVII, art. 1^{er} ad. 1^{um}.

CHAPITRE III

LE « JUSTE », CONTENU ESSENTIEL OU FONDEMENT DU DROIT NATUREL

§ 1. — *M. Fr. GénY*. — *La notion de justice*.

17. Position du problème du droit naturel, dans la construction de M. Fr. GÉNY; les quatre « données ». — 18. Le donné rationnel ou droit naturel; son contenu : la notion de justice. — 19. Examen critique de l'attitude générale prise par M. GÉNY : raison et connaissance irrationnelles; raison et nature, leur opposition partielle. — 20. Position insuffisamment réaliste de M. GÉNY. La loi naturelle. — 21. La métaphysique préalable. — 22. Discussion du rôle joué par la notion de justice dans le système de M. GÉNY. 23. Nécessité de rétablir dans le droit naturel un donné réel comme élément premier.

17. — « *L'irréductible « droit naturel* », tel est le sous-titre de la seconde partie (1) de l'important ouvrage de M. Fr. GÉNY : *Science et technique en droit privé positif*. Après avoir consacré les huit premiers chapitres de ce tome II à un exposé critique des principaux systèmes relatifs au fondement objectif de la règle juridique qui exercent actuellement une influence sur les esprits, il donne à son tour, dans le chapitre neuvième (2), son sentiment personnel sur le problème capital soulevé par l'élaboration scientifique du droit.

Il ne pose pas seulement le problème classique du droit naturel, mais celui du « *donné total du droit positif*, dégagé (autant que possible) de tout artifice, et s'imposant de lui-même à l'homme » (3).

La difficulté de ce problème tient à ce qu'il fait

(1) *Elaboration scientifique du droit positif*, Paris Sirey 1915, t. II de *Science et technique en droit privé positif*.

(2) 14^e de l'ensemble de l'ouvrage.

(3) *Science et technique*, t. II, n° 161, p. 353. Le *donné* s'oppose au *construit* : « Tantôt il s'agit de constater purement et simplement ce que révèle la « nature sociale », interprétée d'après elle-même ou suivant les inspirations d'un idéal supérieur, pour aboutir à des règles d'action, dont le fondement sera d'autant plus solide qu'elles contiendront moins d'artificiel ou d'arbitraire. Et c'est ce que j'appelle le *donné*, qui doit formuler la règle de droit telle qu'elle ressort de la nature des choses, et autant que possible, à l'état brut. — Tantôt le travail à réaliser, partant des données naturelles acquises, tendra à les mettre en œuvre, les transformer ou les assouplir, de façon à les modeler sur les besoins même de l'ordre juridique, pour lequel elles sont destinées. Et le résultat de l'effort, ainsi poursuivi, issu de l'artifice, s'exerçant sur la nature par des procédés propres, puisés dans les puissances personnelles de l'homme, peut, ce semble, être qualifié de *construit*... » *Science et technique*, t. I, n° 33, p. 97.

partie d'un « *complexus* » philosophique dont il ne saurait être arbitrairement détaché : « Pour obtenir, de façon décisive, avec une plénitude assurée et une fermeté convaincante, le principe des normes directrices de l'activité morale ou juridique, il faut avoir pris parti sur la conception générale de l'Univers, sur l'essence et la nature de l'homme, sur le mystère de son origine et de son existence en ce monde, sur l'énigme de sa destinée » (1). Ces « profondes et angoissantes questions », M. GÉNY les déclare résolues pour lui par la philosophie traditionnelle, celle de SOCRATE, de PLATON, d'ARISTOTE, et de leurs successeurs, philosophie dont il n'entreprend pas la justification théorique, mais qu'il juge suffisamment justifiée pratiquement par l'explication satisfaisante qu'elles nous donnent de l'énigme du monde (2).

Quand on accepte cette position, il devient « relativement aisé » de rendre raison de l'existence et des caractères spécifiques des règles morales ou juridiques : « L'homme, doué de raison et de liberté, et qui, à la différence des autres animaux, n'est pas suffisamment dirigé par l'instinct, a besoin d'une norme (règle de conduite), établie par une autorité suprême, qui se propose à son intelligence, sous l'impulsion du sentiment, et dont l'exécution dépend de sa

(1) *Science et technique*, t. II, n°162, p. 354. Je ferai, à l'appui de cet exposé de la thèse de M. GÉNY, de nombreuses citations, parce que sa pensée, nuancée et changeante, facile à interpréter dans un sens ou dans un autre, risque d'être défigurée si on ne lui laisse à lui-même le plus possible la parole.

(2) *Ibid.*, p. 355.

volonté. Telle est la règle morale, émanée de Dieu, qui l'impose à l'homme, sous des sanctions d'ordres divers, et en vue de la destinée qu'Il a ouverte tant au monde qu'aux individus. Et, suivant son objet propre, cette règle morale, qui repose essentiellement sur la distinction du bien et du mal se révélant spontanément à la conscience, prend parfois le caractère de règle juridique, grâce à une injonction plus catégorique et à une sanction extérieure, nécessitées par le but à atteindre, et dont la source suprême réside toujours en l'autorité divine » (1).

D'autres philosophies apporteraient des bases moins fermes, mais M. GÉNY fait observer que, quelque philosophie générale que l'on professe, il est possible, alors que l'on ne s'entend pas sur les « fins supérieures », de s'accorder suffisamment sur certaines « fins intermédiaires », qui se prêtent mieux à l'harmonie des volontés, parce qu'elles sont plus rapprochées de nous, et qui suffisent, en somme, à suggérer les pratiques nécessaires » (2). Or, parmi ces « idées simples »... « qu'une sorte d'ambiance impose », M. GÉNY croit pouvoir ranger la croyance à un minimum de justification de la norme juridique. Ainsi, les partisans des philosophies les plus éloignées de la philosophie traditionnelle, peuvent, pense-t-il, entreprendre avec lui la recherche « des données de la nature et de la vie », où doivent se trouver « les éléments

(1) *Ibid.*, n° 163, pp. 360-361.

(2) *Ibid.*, n° 164, p. 363.

fondamentaux et objectifs de toutes les règles juridiques » (1).

Pour achever de poser les premières bases de sa construction, M. GÉNY se demande si le droit ne répond qu'à l'idée du *juste*, ou s'il peut mettre en valeur des idées moins élevées, notamment les idées de convenance et d'utilité. Il considère cette question comme étant celle des rapports de l'économie et de la morale. Il y répond que l'économie presque tout entière se développe sur des postulats moraux, qu'elle suppose implicitement reconnus. L'utile est donc une dépendance du juste, et « intervient, à ce titre, mais avec une fonction nécessairement subsidiaire, pour déterminer le champ d'application de notre recherche des données du droit positif » (2).

Se plaçant alors en face du « complexe varié et enchevêtré du monde social, il reconnaît quatre aspects du *donné* :

Le *donné réel* consiste dans les conditions de fait où se trouve placée l'humanité : climat, sol et ses productions, constitution anatomique et physiologique de l'homme, état psychologique, aspirations morales, sentiments religieux, etc... Ce sont des conditions « pour ainsi dire, matérielles, qui ne contiennent pas, en elles-mêmes, la règle, mais lui servent de substratum nécessaire » (3).

Le *donné historique* est l'ensemble des règles qui,

(1) Pp. 363 et suiv.

(2) *Ibid.*, n° 165, p. 369.

(3) *Ibid.*, n° 167, p. 374.

réalisées par le jeu des moyens techniques, se sont consolidées par l'effet du temps et font aujourd'hui partie de notre patrimoine juridique acquis.

Le *donné rationnel* est l'ensemble des règles de conduite que, dans l'ordre juridique, la raison dégage de la nature de l'homme et de son contact avec le monde. « En tant qu'elles sont véritablement imposées à l'esprit et qu'elles correspondent, pour lui, aux exigences les plus évidentes des choses, — avec les signes qui distinguent les préceptes du droit — elles présentent un caractère de nécessité, en même temps que d'universalité et d'immutabilité, qui les met à part et leur assigne une place éminente parmi les règles juridiques » (1).

Enfin le *donné idéal* rassemble « toutes les aspirations humaines, en vue du progrès incessant du droit positif », aspirations qui « ne se ramènent pas à des exigences absolues de la raison » (2).

18. — C'est autour du *donné rationnel* que M. GÉNY va concentrer ses efforts. Le *donné réel* et le *donné historique*, en effet, ne demandent qu'à être constatés; le *donné idéal* n'intervient que pour affiner les directives que suggère la raison. « Au fond, le droit reste essentiellement œuvre rationnelle. De fait aussi, le pivot de toute élaboration scientifique du droit a toujours résidé dans ce discernement des règles par

(1) *Ibid.*, n° 163, p. 381.

(2) *Ibid.*, n° 170, pp. 384 et 386.

la raison considérant la vie, d'où provient ce que l'on appelle, plus spécialement et plus précisément, le droit naturel. Créé par les réalités et par l'histoire, incessamment travaillé par l'idée, en lui réside l'essence profonde du droit » (1).

Or que doit nous fournir ce donné rationnel? « Essentiellement une seule chose, la notion de justice, qui permet seule d'établir l'ordre et la paix dans la vie sociale » (1). Et la justice « consiste essentiellement à attribuer à chacun le sien, en désignant celui-ci par un rapport de convenance immédiate » (2).

Mais ce principe n'offre qu'une prise bien insuffisante à la pratique, puisqu'il ne dit pas à quoi chacun peut légitimement prétendre.

Pour répondre à cette question, « il faut rechercher ce que la raison nous montre conforme à la nature de l'homme, être social, raisonnable et libre, suivant l'origine et la destinée que nous lui assignons » (3).

Seulement on s'aperçoit alors que, puisqu'elle fait appel à l'origine et à la destinée de l'homme, cette notion de justice implique une philosophie première sur laquelle on tombera malaisément d'accord. Le moyen d'éviter cette difficulté va consister, de même que tout à l'heure on a fait appel à des « fins intermédiaires », à décomposer le contenu de la notion de justice en quelques notions moins profondes, et

(1) *Ibid.*, n° 171, p. 390.

(2) *P.* 391.

(3) *Ibid.*, n° 171, p. 392.

mieux adaptées à la vie, donc plus faciles à faire accepter par tous les esprits (1).

Le contenu de la notion de justice nous apparaîtra donc comme se décomposant en plusieurs plans. Au second plan (le premier étant occupé par le juste objectif pris en soi), nous trouvons la notion de la valeur éminente de la personne humaine, et les notions qui en découlent. Au troisième plan, des règles plus proches de la vie, qui contiennent des directions grosses de règles juridiques proprement dites, entre autres la prohibition de toute dépendance absolue d'homme à homme, le droit à la vie, les diverses formes de la liberté, l'appropriation individuelle des choses, l'engagement provenant des contrats, les liens de famille. Il faut y ajouter des préceptes plus récemment surgis dans la conscience moderne, tels que le droit au travail, à l'existence, la répartition sociale des risques (2).

Si l'on veut descendre davantage dans le concret « la notion de justice arrive presque à se dissoudre dans une masse de considérations contingentes; tellement qu'elle ne peut se réaliser jusqu'au bout, sinon par le moyen de constructions artificielles, qui nous font entrer dans le domaine de la technique » (3).

(1) *Ibid.*, n° 172, p. 393.

(2) *Ibid.*, n° 172, p. 396 et 397.

(3) *Ibid.*, n° 172, p. 398 et 399.

19. — Telle est la construction de M. GÉNY. J'essaierai d'analyser d'abord l'attitude générale de pensée de l'éminent doyen de Nancy, ensuite la conception du droit naturel qu'il propose.

« Au fond le droit reste essentiellement œuvre rationnelle », c'est là la vérité qu'il tient par-dessus tout à sauver, c'est là la forteresse de « l'irréductible droit naturel. » En posant ce principe, il rejoint cette philosophie d'ARISTOTE et de ses successeurs qu'il reconnaît pour la sienne propre. C'est ce principe en effet que saint THOMAS inscrit en tête de son traité de la loi : la loi est la règle et la mesure des actes humains. Or la règle et la mesure des actes humains est la raison (1).

Déjà, au moyen âge, les scotistes disaient : la loi commande, or c'est à la volonté qu'il appartient de commander; donc la loi relève de la volonté. La loi commande en effet, mais pour saint THOMAS, com-

(1) S'étant posé la question : *Utrum lex sit aliquid rationis*, et après avoir, comme de coutume, présenté les arguments de la thèse adverse, il fait à cette question la réponse suivante : « *Respondeo dicendum quod lex quædam regula est et mensura actuum secundum quam inducitur aliquis ad agendum, vel ab agendo retrahitur. Dicitur enim lex a ligando, quia obligat ad agendum. Regula autem et mensura humanorum actuum est ratio, quæ est principium primum actuum humanorum, ut ex prædictis patet. Rationis enim est ordinare ad finem, qui est primum principium in agendis, secundum Philosophum, VII Ethic., cap. VIII a med. In unoquoque autem genere id quod est principium est mensura et regula illius generis; sicut unitas in genere numeri, et motus primus in genere motuum.* »

« *Unde relinquitur quod lex sit aliquid pertinens ad rationem.* »
Sum. theol. Ia IIæ, q. 90, art. 1.

mander même est essentiellement un acte de la raison (1). En effet, le commandement est essentiellement un acte d'ordination, et l'ordre relève de la raison (2). Toutefois il présuppose un acte de volonté (3); on peut dire : c'est la volonté qui commande, mais c'est la raison qui formule l'ordre (4).

Equivalence du donné rationnel et du droit naturel; nous allons voir cependant combien dans la pensée de M. GÉNY on sent d'objections latentes à ce principe, combien de difficultés soulevées.

Pour M. GÉNY, le droit est essentiellement œuvre rationnelle, mais pas uniquement. C'est la raison qui nous permet de saisir la règle juridique, mais la raison « aidée de forces psychologiques plus obscures (subconscience, croyance, sentiment) » (5). De même, la loi morale se propose à notre intelligence « sous l'impulsion du sentiment » (6). La nécessité de cet ap-

(1) « *Ad legem pertinet præcipere et prohibere. Sed imperare est rationis, ut supra habitum est. Ergo lex est aliquid rationis.* » *Ibid.*, même article, *sed contra*.

(2) « *Imperare autem est quidem essentialiter actus rationis; imperans enim ordinat eum cui imperat, ad aliquid agendum, intimando vel denuntiando : sic autem ordinare per modum cujusdam intimationis est rationis.* » *Sum. theol.* Ia IIæ, q. 17, art. 1, au corps de l'article.

(3) « *(Unde relinquitur quod) imperare sit actus rationis, præsupposito actu voluntatis, in cujus virtute ratio movet per imperium ad exercitium actus.* » *Ibid.*, même article.

(4) Cf. GILSON, *Saint Thomas d'Aquin*, collection « Les moralistes chrétiens » (textes et commentaires), prem. partie, ch. II, p. 93.

(5) *Ibid.*, n° 163, p. 361.

(6) P. 360. Je cite ici en entier le premier alinéa de ce n° 163, qu'il me paraît essentiel d'avoir présent à l'esprit pour analyser

pel aux forces irrationnelles est plutôt affirmée qu'expliquée, et l'étendue de leur intervention n'est pas non plus exactement délimitée. Aussi l'esprit reste-t-il, il faut l'avouer, quelque peu déconcerté.

D'autre part on ne saurait manquer d'être frappé de ce que, dans son analyse des quatre « *donnés* », après avoir qualifié le donné réel de « *donné naturel* » (1), ce n'est pas ce donné naturel qu'il donne pour base à son droit naturel. Faut-il donc voir une opposition entre le droit naturel ou rationnel d'une part, et le donné naturel, la nature en tant que donné, d'autre part (2). Il semble que dans l'œuvre entière de M. GÉNY

(1) *Ibid.*, n° 167, p. 371. V. aussi n° 169, p. 380.

(2) Ce qui est surprenant, ce n'est pas qu'il y ait une différence entre donné naturel et droit naturel, — la différence entre ce qui est brut et ce qui est dans une certaine mesure élaboré, — mais c'est qu'il y ait deux domaines étrangers, et non superposés.

(*Suite de la note (6), p. 83.*)

l'attitude de M. GÉNY à l'égard de la raison et à l'égard de la matière :

« Quand on accepte cette position, fermement appuyée, avant tout, aux conceptions le plus profondément ancrées dans l'humanité, il devient relativement aisé de justifier l'existence et les caractères spécifiques des règles morales ou juridiques, surtout si, loin de dissocier les facultés de l'âme humaine, on sait reconnaître les rôles parallèles, et, pour ainsi dire, conjugués, de la sensibilité, de l'intelligence et de la volonté, dans la conduite de la vie. — L'homme, doué de raison et de liberté, et qui, à la différence des autres animaux, n'est pas suffisamment dirigé par l'instinct, a besoin d'une norme (règle de conduite), établie par une autorité suprême, qui se propose à son intelligence, sous l'impulsion du sentiment, et dont l'exécution dépend de sa volonté. Telle est la règle morale, émanée de Dieu, qui l'impose à l'homme, sous des sanctions d'ordres divers, et en vue de la destinée qu'il a ouverte tant au monde qu'aux individus. Et, suivant son objet propre, cette règle morale, qui repose essentiellement sur la distinction du bien et du mal se révélant spontanément

on sente planer cette opposition entre raison et nature. Certains textes s'y rencontrent même qui nous la présentent explicitement : « D'une part interroger la raison et la conscience, pour découvrir en notre nature intime les bases mêmes de la justice, d'autre part s'adresser aux phénomènes sociaux pour saisir les lois de leur harmonie et les principes d'ordre qu'ils requièrent ».

« Telle est la double tâche à remplir : la seconde ayant sa base ferme dans ce qu'on peut appeler *la nature des choses positives*, représentée par l'ensemble des conditions qui forment comme l'atmosphère

ment à la conscience, prend parfois le caractère de règle juridique, grâce à une injonction plus catégorique et à une sanction extérieure, nécessitées par le but à atteindre, et dont la source suprême réside toujours en l'autorité divine. — Reste seulement à savoir comment la règle juridique se révélera à nous, d'après les conditions du monde, le fait de la société humaine, la nature et la destinée individuelles de l'homme, ou tous autres indices, qui se rencontrent dans l'expérience, et que la raison, aidée de forces psychologiques plus obscures (subconscience, croyance, sentiment), doit être examiné plus loin. — On voit, du moins, dès maintenant, qu'il est assis sur une base ferme, pour ceux qui conservent cette conception traditionnelle de l'Univers, dont le maintien nous a paru s'imposer. »

Plusieurs notes complètent ce passage. L'auteur déclare, dans l'une d'elles, que la nature peut seule nous découvrir la volonté de Dieu, à moins d'une révélation qui nous ferait entrer dans le domaine religieux. Mais il ne fait pas de différence entre *découvrir* et *révéler par des indices*.

Au début du volume, déjà, était indiquée l'importance des forces « complémentaires de l'intellect » : « Rôle nécessaire de l'intuition », annonce le sommaire du chapitre 1^{er} (n° 69), pp. 4 et suiv.

Au tome IV de l'ouvrage, nous trouvons cette observation : « En réalité, si l'on veut se convaincre intimement de l'existence du droit naturel, il faut se fier, à la fois, à la croyance et à la raison : la première, qui nous illumine de la foi à la justice; la seconde, qui en analyse le sens profond ». *Science et technique*, t. IV, pp. 219 et 220.

de la vie juridique extérieure, la première reposant sur un fond plus intime, qui échappe à l'observation et à l'expérience sensible, mais n'impose pas moins ses exigences à la réalisation pratique du Droit. Vainement a-t-on essayé d'absorber l'un dans l'autre ces deux éléments distincts... Je n'hésiterai pas, quant à moi, à reconnaître à chacun sa part » (1). Le travail de la raison est distinct de l'étude de la nature des choses positives; il s'exerce sur un objet qui échappe à l'observation et à l'expérience sensible; il impose au droit des exigences qui proviennent d'une mystérieuse intuition, telles sont les idées qui ressortent de ce passage.

L'opposition ne se présente pas toujours d'une manière aussi nette, et au contraire M. GÉNY admet presque toujours que la raison travaille, non pas à part de la nature, mais sur la nature même. Cependant la raison ne trouve dans cette nature que des « *indices* » qui lui *révèlent* la règle juridique. On sent bien que pour M. GÉNY, la règle juridique *n'est pas dans la nature*, mais ailleurs, et c'est pourquoi, si le travail de la raison s'appuie sur la nature, il trouve cependant son fondement réel en lui-même, dans son activité interne 2).

(1) *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*. Paris, 1899, n° 159, p. 472. Cet ouvrage est déjà ancien, et on ne saurait en faire état pour apprécier définitivement la pensée de M. GÉNY. Je ne le cite ici que pour caractériser nettement, en la prenant à un moment extrême, la tendance antiréaliste du savant professeur.

(2) Certes, la raison n'est pas un miroir simplement chargé de refléter en nous les choses, elle est une activité intérieure, et son

Ainsi donc, M. GÉNY maintient énergiquement (et contre toutes les difficultés) l'existence du droit *naturel* et son caractère essentiellement *rationnel*. Et cependant, pour lui, ni la raison ne suffit à atteindre ce droit, ni, lorsqu'elle l'atteint, ce n'est en le cherchant uniquement dans la nature.

20. — D'où provient cette contradiction? De la position insuffisamment réaliste prise par l'éminent juriste philosophe. Comme juriste, il lui est apparu clairement que le droit ne peut se constituer en faisant abstraction de règles rationnelles qui sont pour lui du *donné*. Comme philosophe, il croit, semble-t-il,

travail est profondément mystérieux. Mais, s'il faut qu'elle éclaire de sa lumière le donné de l'expérience pour le rendre intelligible, cependant c'est bien ce donné lui-même, tel qu'il était intelligible en puissance, qu'elle nous révèle. L'expérience ne nous donne pas simplement des indices, qui nous révéleraient des vérités innées en nous, elle nous donne ces vérités elles-mêmes, que l'activité de l'esprit a seulement à dégager. A insister exagérément sur le caractère rationnel du droit naturel, en entendant ce caractère rationnel au sens d'une construction effectuée par la raison, on aboutirait à cette contradiction d'un droit naturel qui ne serait plus du tout naturel. Telle est la conception de COURCELLE-SENEUIL: « Ce droit [le droit naturel] n'est certainement pas contraire à la nature, en dehors de laquelle il n'y a rien, mais la qualification de *naturel* qu'on lui a donnée peut être fort mal comprise, nous croyons qu'il serait bien préférable de le qualifier d'*idéal* ou de *rationnel*, parce que ce qui le caractérise, c'est d'être discutabile et soumis en tout temps à toutes les critiques de la raison. Il est d'ailleurs une invention de l'art humain, tout comme la législation elle-même, il est artificiel et toute œuvre d'art, sans être en dehors des lois naturelles, est tout autre chose qu'une création spontanée de la nature. La nature ne connaît pas de droit. » J.-G. COURCELLE-SENEUIL, *Préparation à l'étude du droit; étude des principes*. Paris, 1887.

que la règle juridique, dérivée de la loi morale, venant, comme elle, de Dieu, descend de Lui à nous. C'est pourquoi la connaissance de la nature des choses et de l'homme n'est pour nous que l'occasion de la connaissance de cette règle juridique. Et, d'autre part, la révélation de la loi naturelle par notre conscience intime aura quelque chose de mystérieux; d'où l'appel aux forces psychologiques irrationnelles.

Ce n'est pas, avons nous dit plus haut (1), parce que nous savons que Dieu est également le créateur de la raison et de la nature, que nous en inférons que la raison peut atteindre les lois de la nature. Mais si un philosophe, pour des raisons étrangères, croit vraie la première de ces propositions, nous avons le droit de lui faire observer qu'il n'y a aucune difficulté à ce que Dieu, qui a abandonné toutes choses à leurs lois naturelles, ait aussi placé dans la nature même (la nôtre et celle des choses) les règles de nos actions, et nous ait donné une raison capable de les y retrouver. Ainsi nous ne découronnons pas la loi naturelle de son caractère divin, en la faisant résider entièrement dans la nature, ni en la déclarant accessible à la raison, sans l'intervention de forces mystérieuses.

Ici s'élève une difficulté grave. Les lois de la nature constatent ce qui est, elles ne disent pas ce qui doit être. En vertu de quoi donc cette loi naturelle est-elle revêtue, à l'encontre des autres, de ce caractère spécial qui lui fait dire : cela *doit* être? Peu importe que

(1) Ch. II, n° 12.

nous ayons rangé le commandement parmi les actes de la raison, peu importe qu'il soit essentiellement une ordination, il faut bien toujours en arriver à dire au nom de quoi la raison commande, vers quelle fin elle ordonne. Ne trouvons-nous pas là le mystère, et M. GÉNY n'a-t-il pas raison contre lui-même, lorsqu'après avoir affirmé un droit naturel rationnel, il nous fait sentir en sourdine l'irrationnel, le *præternaturel*?

Je répondrai que si, dans notre esprit lorsqu'il les connaît, les lois de la nature disent en effet *ce qui est*, cependant en elles-mêmes, en tant qu'elles régissent les êtres naturels, elles commandent, et, si l'on peut dire, plus impérieusement que la loi morale, puisque les êtres qui leur sont soumis *ne peuvent pas* leur échapper (1). Le problème se pose donc plutôt ainsi : pourquoi la loi naturelle ne commande-t-elle pas *d'une manière invincible*? Ou plutôt il est double :

(1) « *Adhuc, sicut res naturales ordini divinæ providentiæ subduntur, ita et actus humani, ut ex prædictis (c. 90) patet. Utrobique autem convenit debitum ordinem servari vel etiam prætermitti; hoc tamen interest quod observatio vel transgressio debiti ordinis est in potestate humanæ voluntatis constituta, non autem in potestate naturalium rerum est quod a debito ordine deficiant vel ipsum sequantur.* » S. THOMAS, III, *Contr. gent.*, ch. CXL.

Cela n'implique pas une conception puérile de ce commandement de la loi physique. Il est bien entendu que cette loi est à l'intérieur des êtres qu'elle régit (*ita ut quodammodo ipsa vadant, et non solum ducantur in fines debitos*. S. THOMAS, *Quæst. disput., de veritate*, q. xxii, art. 1), qu'elle est leur nature même. Mais la loi naturelle est aussi à l'intérieur de nous; elle est notre nature elle-même (et c'est pour cela que nous sommes moins hommes lorsque nous lui désobéissons: la raison commande plus impérieusement qu'un maître...).

tout d'abord pourquoi y a-t-il des lois (en général), c'est-à-dire pourquoi toute nature est-elle un principe d'activité *régulière*, pourquoi tel corps chimique cristallise-t-il toujours de la même manière, et ne peut-il cristalliser autrement, pourquoi telle plante développe-t-elle sa fleur ou son fruit toujours suivant la même évolution? En second lieu, comment se fait-il que l'homme puisse ne pas obéir à sa loi? La première partie du problème se pose à propos de toute nature, de toute loi. Et il est vrai que constater l'existence de telles lois nous conduira à reconnaître une Cause première de l'ordre du monde. L'existence de toute loi nous jette en pleine métaphysique, implique Dieu comme son explication dernière, mais c'est cela justement qui nous permet de les traiter toutes sur le même pied, de les constater toutes de la même façon, lorsque nous cherchons non leur fondement ultime, mais leur fondement prochain, qui est dans la nature. Seulement la loi qui ne commande pas d'une manière invincible sera plus difficile à constater, parce que n'étant pas parfaitement obéie elle se manifestera moins nettement par ses effets. Mais imaginons que tous les hommes soient parfaitement vertueux, nous constaterions la loi morale comme nous constatons les lois physiques.

Il semble, bien que M. GÉNY ne le dise pas, que la nécessité d'expliquer l'autorité de la loi, l'impératif qu'elle contient, ait grandement contribué à l'éloigner d'une position réaliste.

21. — Si dissemblables que soient les positions adoptées par les éminents juristes que sont M. RIPERT et M. GÉNY, elles impliquent toutes deux ce postulat commun : une doctrine du droit naturel ne peut se soutenir que suspendue à une métaphysique préalable. M. RIPERT en a conclu que l'entreprise était irréalisable; M. GÉNY l'a tentée cependant, mais en ayant lui-même le sentiment que, se contentant de demander l'adhésion à des « fins intermédiaires », il ne peut apporter une explication décisive, celle-ci ne se rencontrant « qu'au dernier sommet de l'échelle des principes ou des fins » (1). Lorsqu'il dit que c'est assez de « s'accrocher » à quelque échelon de l'échelle des principes et des fins pour arriver à « ressaisir le courant irrésistible qui conduit vers les solutions désirables » (2), il est clair que pour lui ce courant va en descendant.

Pour une philosophie réaliste au contraire ce courant va tout d'abord en remontant. Le problème de l'existence du droit naturel se pose de lui-même dans la réalité, et se résout en contact avec elle; et si des problèmes philosophiques de plus en plus complexes se posent à mesure que l'on s'efforce d'analyser le contenu de ce droit naturel, ces problèmes sont toujours en connexion étroite avec le réel.

Une confirmation de cette thèse que notre connaissance part du donné de l'expérience, pour s'élever en-

(1) *Science et technique*, t. II, n° 164, p. 363.

(2) *Ibid.*, même passage.

suite aux principes, peut se tirer de cette remarque très judicieuse faite par M. GÉNY, que les esprits inspirés par les philosophies les plus différentes se rencontrent sur certains principes relativement proches des réalités concrètes. Si vraiment nous partions de principes premiers très éloignés les uns des autres, et si, à partir de ces principes nous déduisions d'autres principes de moins en moins fondamentaux, quel hasard heureux nous ferait tout à coup nous rencontrer? N'est-il pas plus naturel de supposer que notre connaissance, plus ou moins consciemment, part des choses, et de là s'élève péniblement aux principes. Ensuite, il est vrai, comme notre esprit sent bien que la logique interne des choses va en sens inverse, que les principes sont la raison des conséquences, et l'Etre premier la source de tout ce qui est, il s'essaye à suivre cet ordre du réel, à redescendre donc le chemin qu'il a monté. Cette méthode ascendante et cette méthode descendante sont d'ailleurs intimement mêlées dans l'œuvre de la connaissance humaine, et c'est leur emploi alternatif qui donne à celle-ci sa richesse. Mais une construction entièrement déductive et *a priori* a toujours hanté les rêves de bien des philosophes (1). Qu'elle ne hante pas ceux des juristes : à eux surtout

(1) Partis d'une vérité, la plus générale et la plus fondamentale possible, ils ont voulu en tirer toute une représentation du monde en refusant de s'appuyer sur quelque autre donnée que ce soit. Ils n'ont pas manqué d'aboutir à des impasses. Ainsi LEIBNITZ, partant de la simplicité de la substance, et arrivant à nier toute action d'une substance sur une autre.

il appartient de se tenir à la fois proches des réalités et proches des principes.

22. — Quelle est maintenant la conception du droit naturel qu'apporte M. GÉNY? Le droit naturel nous fournit essentiellement une seule chose, la notion de justice, le principe : à chacun le sien. Ici il importe de préciser.

Il faut noter certaines différences entre les expressions dont se sert M. GÉNY. Au chapitre 9 du tome II de *Science et technique en droit privé positif*, il définit la justice comme consistant « essentiellement à attribuer à chacun le sien, en désignant celui-ci par un rapport de convenance immédiate » (1). Et il cite en note ce texte de saint THOMAS : « *Dicitur autem esse suum alicujus, quod ad ipsum ordinatur* » (2).

(1) N° 171, p. 391.

(2) *Sum. theol., pars prima*, q. XXI (et non xx), art. 1, *ad 3um*. Ce texte ne se trouve pas dans le traité de la loi et n'implique nullement que le principe « suum cuique » soit pour saint Thomas la formule du droit naturel. Il faut remarquer, au contraire, que, dans le traité de la loi (Ia IIa, q. xc à cviii), il n'est pas question de ce principe. Il est principalement développé dans la IIa IIa à la question LVIII, qui traite de la justice, « perpetua et constans voluntas jus suum unicuique tribuendi » (art. 1us).

Et pour ce qui est du droit, si nous le voyons identifié au juste (q. LVII *passim*), c'est que le droit est ici considéré comme une application de la loi : « ... sicut eorum quæ per artem exterius fiunt quædam ratio in mente artificis præexistit, quæ dicitur regula artis; ita etiam illius operis justi quod ratio determinat, quædam ratio præexistit in mente quasi quædam prudentiæ regula; et hoc si in scriptum redigatur, vocatur « lex »; ...et ideo lex non est ipsum jus, proprie loquendo, sed aliqualis ratio juris ». Q. LVII, art. 1us, *ad 2um*. Il est évident qu'ici, ce qui correspond au droit,

Et plus loin : « ... il reste que l'essence du juste objectif se ramène purement aux principes : « Attribue à chacun ce qui lui revient », et : « Ne fais tort à personne. »

Mais, un peu plus loin, pour répondre à la question : qu'est-ce qui est pour chacun « le sien »?, M. GÉNY fait appel à ce que postulent la nature de l'homme, son origine et sa destinée. La notion de justice se remplit alors et nous trouvons : « ... le principe essentiel (du juste objectif) semble se représenter à l'esprit en l'idée d'un ordre, d'un équilibre... fondé sur les conditions effectives de la vie de l'homme en société » (1).

D'autre part, au tome I de l'ouvrage, figurait cette formule : « Au fond le droit ne trouve son contenu, propre et spécifique, que dans la notion du juste, notion primaire, irréductible et indéfinissable, impliquant essentiellement, ce semble, non pas seulement les préceptes élémentaires de ne faire tort à personne (*neminem lædere*) et d'attribuer à chacun le sien (*suum cuique tribuere*), mais la pensée plus profonde d'un équilibre à établir entre des intérêts en conflit, en vue d'assurer l'ordre essentiel au maintien et au progrès de la société humaine » (2).

Enfin, au tome IV, dans le chapitre contenant les

au sens où nous employons ce mot dans l'expression « droit naturel » (en faisant allusion à un ensemble de règles, non au droit de telle ou telle personne), c'est ce que saint THOMAS appelle la loi.

(1) P. 392.

(2) *Science et technique...*, t. I, n° 16, p. 50.

conclusions de l'ensemble de l'ouvrage, nous lisons : « Il (l'objet du droit naturel) se concentre autour de l'idée suprême du « juste objectif », représentant un équilibre d'intérêt » (1).

D'après ces formules, il semble qu'il y ait deux aspects du juste objectif : l'aspect vide, ne comprenant que les formules « rendre à chacun le sien », et « ne faire tort à personne » ; l'aspect plein, qui comprend l'idée d'un ordre, d'un équilibre. Mais, de l'analyse du chapitre 9 du tome II, qui est le texte le plus explicite, il résulte que l'aspect vide est l'aspect premier.

Considérant donc la formule « à chacun le sien », je m'efforcerai d'abord de montrer qu'elle ne peut pas être la formule du droit naturel.

Supposons qu'il n'existe pas de loi positive, mais qu'il y ait un juge chargé de rendre la *justice*. Quelles normes guideraient ce juge? Celles du droit naturel. Mais que contient ce droit naturel? La notion de justice, dit-on. N'y a-t-il pas là un cercle vicieux? Non, répondra-t-on, car il y a deux justices, l'une qui pose un principe général, fondement de toutes les règles du droit naturel, l'autre, celle du juge, qui détermine l'application de ces règles aux cas individuels. Admettons cela, mais laquelle de ces deux justices peut se formuler « à chacun le sien »? Les termes mêmes de cette formule montrent qu'elle est la formule de l'application aux cas particuliers.

Cependant on répondra : la formule « à chacun le

(1) T. IV, n° 302, p. 147.

sien » est à la fois la formule générale et la formule d'application. En tant qu'elle est la formule générale du droit naturel, elle signifie : rendre à chacun ce qui lui est uni « par un rapport de convenance immédiate » (1). L'accent porte donc ici non sur l'opposition entre le mien, le tien, le sien, mais sur un **rapport** de convenance entre un être humain et l'objet qui doit lui être attribué. Admettons ce second sens de la formule. Mais n'est-il pas évident alors que c'est en vertu de ce rapport de convenance lui-même, directement, que le juge rend la justice? C'est ce rapport de convenance qui est le droit naturel (2).

Considérons maintenant le cas où il existe une loi positive; nous pouvons la formuler ainsi : tous les individus qui se trouvent dans telles conditions sont soumis à tel régime. Nous retrouvons ici la justice du juge, qui est sous la loi, et par laquelle est sauvegardée l'égalité des individus à l'égard de la loi. Mais cette fois nous trouvons une autre justice : car il faut que la loi elle-même soit juste : on ne tranche pas la tête à un homme pour avoir volé dix sous. Que sera cette justice de la loi? Une harmonie entre les conditions et le régime. Mais ces deux termes de la loi ne s'expriment pas en la même unité. Il s'agit par exemple de proportionner certains avantages publics aux mérites individuels. Il y a entre l'unité de mérite et

(1) GÉNY. *Science et technique*, t. II, n° 171, p. 391.

(2) On pourrait dire que M. GÉNY a voulu que le droit naturel ait pour objet de faire régner la justice, alors que c'est au contraire la justice qui doit faire régner le droit naturel.

l'unité d'avantage un rapport qui est donné par la loi. La loi sera juste si le rapport qu'elle établit entre ces deux unités est conforme à un rapport de convenance qui est inscrit dans la nature des choses et qui est premier. Ce rapport ne peut être autre chose que la loi naturelle elle-même. La justice de la loi se place donc entre la loi positive et la loi naturelle; elle est la conformité de l'une à l'autre, le fait que la loi positive rend à chacun ce qui est « le sien » en vertu de la loi naturelle.

Dans la multiplicité infinie que constituerait l'arbitraire de décisions individuelles, la loi crée des blocs homogènes. Et la justice du juge consiste à assurer l'homogénéité de ces blocs. Quant à la justice de la loi, elle consiste en ce que le dessin de ces blocs suit des veines déjà tracées dans la nature. Pourquoi l'hétérogène absolu, qui est l'arbitraire, n'est-il pas remplacé par un homogène absolu? Pourquoi y a-t-il des blocs hétérogènes entre eux? Cela, la justice ne peut l'expliquer; elle n'explique que l'homogénéité et la similitude, non l'hétérogénéité. De celle-ci, la nature seule peut rendre raison : c'est la nature qui fait qu'il y a le droit des incapables et le droit des personnes capables, et qui fait les diverses formes d'incapacité; c'est la nature qui détermine les types essentiels de contrats, les modes essentiels de transmission des biens (1).

(1) Sur la justice de la loi, v. S. THOMAS, *Sum. theol.*, Ia IIæ, q. xcvi, art. 2: « *Respondeo dicendum, quod, sicut Augustinus dicit in I de lib. arb., c. v, col. 1227, t. I, « non videtur esse lex quæ*

Faisons cependant encore un effort pour voir si la notion de justice ne pourrait pas se placer à l'intérieur de la loi naturelle. Soit une loi de droit naturel, la stabilité de l'union conjugale. Elle exprime un rapport de préférence entre l'intérêt de l'enfant et la fantaisie des parents. On peut dire : cette loi est juste parce qu'elle rend bien à l'enfant ce qui lui est dû, l'éducation. Mais il faut demander encore pourquoi ce bien de l'éducation est pour l'enfant « le sien ». Parce que c'est un bien indispensable à la personne humaine. Nous remontons jusqu'à ce principe fondamental que le bien humain doit être recherché (1). Ainsi nous voyons que la formule « à chacun le sien », et la notion de justice, qui nous ont servi à passer du droit positif au droit naturel, peuvent encore nous servir à passer d'une loi naturelle dérivée à une loi naturelle plus fondamentale. Mais toujours nous les voyons appeler une loi qui est au-dessus d'elles et qu'elles n'expliquent pas, ou qu'elles n'expliqueront qu'en remontant à une autre. Il faut donc de toute nécessité que l'on aboutisse à un principe qui soit premier et qui ne soit pas elles.

Et cela est d'ailleurs évident : la justice est essen-

justa non fuerit » : unde in quantum habet de justitia, in tantum habet de virtute legis. In rebus autem humanis dicitur esse aliquid justum ex eo quod est rectum secundum regulam rationis. Ratio autem prima regula est lex naturæ, ut ex supra dictis patet. Unde omnis lex humanitus posita in tantum habet de ratione legis, in quantum a lege naturæ derivatur ».

(1) Peu importe ici, bien entendu, l'exemple choisi et les difficultés qu'on pourrait soulever à son sujet; peu importe aussi, pour l'instant, le principe premier auquel on s'arrête.

tiellement une proportion : elle n'est pas les termes mêmes qu'unit cette proportion (1). Si on nous dit d'un accord musical qu'il est juste, cela ne nous renseigne en rien sur les notes qui le composent. De même pour la loi : qu'elle soit juste, qu'elle rende à chacun le sien, c'est une harmonie qui règne en elle, ce n'est en aucune façon sa formule. La justice joue ici un rôle analogue à celui que joue, dans les mathématiques, le principe d'identité, qui sert constamment à passer d'une proposition à une autre, mais duquel, directement, on n'a jamais rien déduit.

Certes l'insuffisance de la notion de justice n'a pas échappée à M. GÉNY : elle n'est pour lui « pas beaucoup plus qu'un cadre qui reste encore à remplir » (2). Mais il a cru qu'on pourrait, en remplissant ce cadre, le purger de son vice originel. Or, cette insuffisance originelle subsiste, car la notion de justice est, plutôt qu'un cadre, un pur rapport, et, en tous cas, si elle est un cadre, elle est impossible à remplir, si on ne fait appel à autre chose qu'elle-même (3).

(1) « Quel échange y a-t-il si je rends la même chose que je reçois? » CLAUDEL, *Cinq grandes odes*. La maison fermée, p. 173. Il faut ajouter : et si je ne donne pas la même chose que je reçois, où est l'équivalence? Il faut à la justice une base qui donne cette équivalence entre des choses qui ne sont pas identiques.

(2) *Science et technique*, t. II, n° 171, p. 391.

(3) Que le principe essentiel du droit naturel posé par M. GÉNY soit un signe algébrique, ou qu'il soit un cadre, son vide irrémédiable choque l'esprit, comme le choque la formule de STAMMLER, disant que le droit naturel implique un contenu conforme à la nature du droit plus qu'à la nature de l'homme (*Richtiges Recht*, pp. 95 et 98 (I, III, 1) cité par GÉNY, *Science et techn.*, t. II, n° 105,

23. — Ainsi donc, qu'il me soit permis de le dire, ce que je ne trouve pas à l'origine du *donné rationnel* de M. GÉNY, c'est quelque chose qui soit positivement *donné*. Il est vrai que très vite M. GÉNY y fait entrer les autres *donnés*, et particulièrement le *donné réel*. On pourrait présenter le développement du droit naturel tel que l'entend M. GÉNY dans le tableau suivant :

donné	réel ou naturel		contenu
	historique		du
	rationnel ou droit naturel	notion de justice	droit
	idéal		naturel

p. 152). Evidemment le droit, naturel ou positif, doit être conforme à sa nature de droit. Mais, si l'expression « droit naturel » a un sens, le mot « naturel » y appelle l'idée de la nature de l'homme et des choses, et c'est de cette nature de l'homme et des choses que doit se tirer le contenu du droit naturel.

La formule « à chacun le sien » a un autre inconvénient : ou bien on y insiste sur l'opposition entre « le mien », « le tien », « le sien », et alors elle est une formule d'application aux cas particuliers. Ou bien on y insiste sur le rapport que soutient la chose attribuée avec celui à qui on l'attribue, le sujet de droit. Tel est le sens que lui donne CATHREIN (*Recht, Naturrecht und positives Recht*, 2 A., 1909, pp. 47-52), d'après l'analyse de M. GÉNY (*Sc. et techn.*, II, n° 144, p. 304) : rendre à chacun le sien, c'est-à-dire ce qui est ordonné à sa nature individuelle comme but immédiat. En ce cas, cette formule tend à fonder le droit sur les droits individuels, le droit objectif sur les droits subjectifs. Elle prête aux critiques qui ont été faites à ces derniers, et dans lesquelles il entre certainement une bonne part de vérité.

Ainsi le droit naturel arrive à réintégrer tout le donné : alors pourquoi ne pas lui avoir dès l'abord livré au moins le donné réel? Voici la définition de celui-ci : « J'entends par données *réelles*, ou strictement *naturelles*, du droit positif, celles qui consistent dans les conditions de fait où se trouve placée l'humanité. Peu importe qu'il s'agisse de la nature physique ou morale, dont l'homme est comme encerclé (climat, sol et ses productions, constitution anatomique et physiologique de l'homme, était psychologique, aspirations morales, sentiments religieux, etc.), ou des conditions économiques, qui influencent son activité, voire des forces politiques ou sociales existantes » (1). Constitution anatomique, physiologique, psychologique et morale de l'homme, milieu physique et milieu social, quels autres éléments pourraient être donnés pour base au droit naturel? Tant qu'ils n'y sont pas intégrés, comment s'étonner que le droit naturel soit absolument vide?

C'est donc ce donné réel ou naturel qui me paraît devoir servir de base au droit naturel (2). Et le donné rationnel représente seulement l'activité de l'esprit qui, armée des premiers principes de la raison pratique, dégage de ce donné naturel la formule du droit naturel. Je représenterais ainsi les modifications qu'il

(1) *Ibid.*, n° 167, p. 371.

(2) Il faudrait, il est vrai, éliminer de ce donné réel tout ce qui relève de la nature propre de telle race, du milieu physique qui constitue la figure originale de tel pays. Ces éléments seraient joints au donné historique.

me paraît nécessaire d'apporter au tableau donné tout à l'heure :

donné	rationnel ou activité de l'esprit		
	qui dégage		
	réel ou naturel (droit naturel intel- ligible seulement en puissance)	du donné réel	les règles du <i>droit</i> <i>naturel</i>
	historique		
	idéal		

La notion de justice ne trouve plus sa place en ce tableau, si ce n'est en ce que le droit naturel est juste par le seul fait qu'il est lui-même (1).

Il nous faut donc rechercher une autre formule générale du droit naturel. Et cette question nous ramène à celle que M. GÉNY s'est posée, nous l'avons vu : y a-t-il dans le droit naturel d'autres éléments que le

(1) M. LE FUR estime qu'il y a lieu de ramener les « donnés » admis par M. GÉNY à trois, le donné économique, le donné historique, et le donné que l'homme tire de son propre fonds, produit de son intelligence et de sa conscience effectué en partant des donnés précédents. Il les ramène même en définitive à deux, le donné historique n'étant que le résidu obtenu au cours des siècles par la combinaison des deux autres. Voir *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique*; extrait de la *Revue de droit international*, juillet-août-septembre 1927, pp. 27 et 28.

juste? de l'utile, du convenable? Je ne crois pas comme lui que cette question soit la même que celle des rapports de l'économie et de la morale. Je crois au contraire, que, loin que ces notions d'utile et de juste s'opposent comme s'opposent l'économie et la morale, elles s'insèrent toutes les deux à la fois à l'intérieur de l'économie et à l'intérieur de la morale. Car la notion de justice garde aussi bien lorsqu'il s'agit de règle morale que lorsqu'il s'agit de règle juridique, son caractère essentiel de rapport, et ne nous fournit pas par elle-même la moindre loi. Et c'est au contraire dans un Utile supérieur qu'il faut chercher le fondement de la loi, soit en morale, soit en droit naturel. Et cet Utile n'est que la recherche, naturelle en tout être, de son perfectionnement, pour l'homme la recherche du bien humain total, du *totum bene vivere*.

§ 2. — M. Le Fur. — *Le sens du juste.*

24. La doctrine de M. LE FUR : le juste, hiérarchie des biens. — Droit naturel et droit rationnel. — 25. Discussion : Les sens spirituels. L'opposition du bien moral et de l'utile.

24. — La doctrine de M. LE FUR concernant le fondement du droit et le droit naturel se trouve exposée principalement dans une série d'articles parus en novembre et décembre 1925 et en janvier 1926 dans la

Revue « *Les Lettres* ». Voici quelles en sont les lignes essentielles.

Le droit est en rapport étroit avec les faits. Il n'en triomphe qu'à condition de savoir les utiliser. En l'homme même il trouve un ennemi, car l'homme a une double nature : une nature intellectuelle, rationnelle, mais aussi une nature physique, qui plonge dans la nature physique du monde. Le droit est donc « une réussite » (1), et cette réussite n'est possible qu'à condition que l'homme « se dégage du reste de la nature, dans laquelle il plonge par son organisation physique » (2).

Cette place à part que l'homme occupe dans la nature fait qu'il est soumis à deux sortes de lois : d'une part des lois de fait, pareilles à celles qui régissent l'ensemble de la nature; d'autre part des lois de commandement, des lois normatives. La connaissance des lois appartenant à la première catégorie, des lois scientifiques, est donnée à l'homme par la raison. Mais la raison ne suffit pas à lui donner la connaissance des lois normatives. Cette connaissance exige l'intervention de « sens spirituels », qui sont au nombre de cinq : les sens du vrai, du beau, du bien, de l'utile et du juste.

Le sens du juste est à un plus haut degré que les autres, un sens social, car le juste est le fondement du droit. « Le bien commun, ce n'est ni le vrai, ni

(1) *Le fondement du droit*, extrait de la revue « *Les Lettres* », p. 3.

(2) *Op. cit.*, p. 6.

le beau ou le bien moral exclusif; ce n'est pas davantage l'utilité matérielle intégrale, c'est la synthèse de tous ces biens, l'ordre, avec son fruit normal, la paix — tranquillité de l'ordre — un des biens les plus précieux de l'homme. Et cette synthèse, c'est le juste qui la procure en ramenant les divers éléments à l'unité nécessaire... » (1).

Le bien commun de la société, que poursuit le droit, est donc une synthèse de tous les biens, effectuée par le juste. Mais qu'est-ce que le juste? Là est, dit M. LE FUR, le centre du problème. Le juste est essentiellement une hiérarchisation des intérêts; la synthèse qu'il réalise est principalement celle du bien moral et de l'utile. Car la vie juridique repose sur un donné constitué par des intérêts économiques. Or il faut une barrière au déploiement de ces intérêts économiques. Cette barrière, faite des règles morales dont le respect s'impose à toute vie bien ordonnée, c'est le juste qui la détermine et la maintient.

Cette hiérarchie qu'établit le juste est une conformité à un ordre naturel préexistant : « La solution intégrale des problèmes juridiques est inséparable de celle du problème de la destinée humaine » (2).

En résumé, le droit constitue donc essentiellement « un minimum éthique et un maximum économique » (3).

Cette construction philosophique doit être complé-

(1) *Op. cit.*, p. 28.

(2) *Op. cit.*, p. 48.

(3) *Op. cit.*, p. 57.

tée par une distinction entre droit naturel et droit rationnel, exposée principalement dans deux brochures intitulées, l'une « *La théorie du droit naturel depuis le XVIII^e siècle et la doctrine moderne* » (1), l'autre, « *Le droit naturel et le droit rationnel ou scientifique* ».

Le droit naturel est l'expression même de l'idée de justice. Il contient deux règles de fonds : 1^o l'obligation de respecter les engagements librement pris; 2^o l'obligation de réparer tout préjudice injustement causé. La première de ces règles peut d'ailleurs se ramener à la seconde. Il faut en ajouter une troisième, qui est le respect de l'autorité (2).

Mais les grands principes que nous offre ce droit naturel ne constituent guère qu'un cadre à remplir. Lorsqu'il s'agit d'en venir aux applications, c'est un autre droit qui intervient, le droit rationnel, ou objectif, ou scientifique, qui est trouvé par la raison travaillant sur les données. Ce droit rationnel est susceptible d'un développement indéfini, et doit être rapproché du droit naturel à contenu progressif de M. RENARD (3).

Droit naturel et droit rationnel fournissent une base complète au droit positif : « Le droit naturel —

(1) Académie de droit international établie avec le concours de la Dotation Carnegie pour la paix internationale (extrait du recueil des cours), Paris, Hachette, 1928.

(2) *La théorie du dr. nat. depuis le XVIII^e s.*, p. 131. — *Droit naturel et droit rationnel*, p. 37.

(3) *La théorie du droit naturel depuis le XVIII^e s.*, p. 135. — *Droit naturel et droit rationnel*, p. 39.

quant aux principes fondamentaux, quant à l'idée première de justice, la même dans tous les pays, — et le droit rationnel ou scientifique — quant au développement du précédent pour le mettre en harmonie avec les besoins d'un temps et d'un pays donnés — fournissent au droit positif à la fois son but et son fondement » (1).

Il faut citer en outre comme importants en ce qui concerne la doctrine du droit naturel, les articles parus dans la Revue générale de droit international public, sous le titre « *Guerre juste et juste paix* » (2). M. LE FUR y insiste, plus que dans ses autres ouvrages, sur le fondement du droit dans la nature humaine: la nature humaine, variable dans ses détails, est immuable dans ses grandes lignes, dans ses deux caractères essentiels qui sont la moralité et la sociabilité. Cet élément immuable de la nature humaine détermine les grands principes du droit naturel, dont le premier est : il faut faire le bien et éviter le mal, et les seconds : la convention fait la loi des parties; chacun est responsable de sa faute (3).

Afin de marquer le caractère « naturel » de ce droit naturel, M. LE FUR signale que si l'on peut l'appeler droit rationnel, ce n'est qu'à la condition de bien savoir qu'il n'est pas une construction de la raison, et si l'on peut l'appeler droit idéal, ce n'est qu'à la con-

(1) *Droit naturel et droit rationnel*, p. 43.

(2) *Revue générale de droit international public*, 2^e série, t. I, t. XXVI, 1919.

(3) Pages 299 et suiv.

dition de bien savoir qu'il n'est pas un droit détaché de la réalité. Il vaut mieux, à son avis, s'en tenir à l'expression « droit naturel », qui marque mieux le fondement de ce droit (1).

25. — Cette doctrine fait intervenir, me semble-t-il, plus que celle de M. GÉNY, les notions de bien commun et d'ordre, que nous retrouverons plus loin avec les doctrines directement inspirées de la philosophie thomiste. Je la rapproche cependant de celle de M. GÉNY, parce que les objections que j'ai à lui faire sont assez analogues à celles que m'a paru soulever cette dernière.

La première de ces objections porte sur un point qui relève plutôt de la philosophie pure que de la philosophie du droit. M. LE FUR admet l'existence de « sens spirituels », et il les appelle sens, dit-il « parce que la connaissance qu'ils nous donnent de leur objet est pour nous directe, immédiate » (2); « parce que, de même que les sens corporels ont pour objet de nous donner directement certaines sensations (vue, toucher, etc.), les sens spirituels ont pour but de nous donner directement, sans raisonnement logique, intuitivement

(1) Pages 301 et 302.

D'autres articles de l'auteur touchent d'une façon moins essentielle à la question: *Les bases juridiques de la Société des Nations*, dans « Scientia », revue internationale de synthèse scientifique, vol. XXXVII, année XIX, 1925, p. 25; *Démocratie et catholicisme*, dans « La foi catholique », 25 avril 1913 (t. XI, n° 64).

(2) *Le Fondement de droit*, p. 14.

diraient les bergsoniens, la notion correspondante de bien et de beau, de vrai, d'utile et de juste; ce sont en quelque sorte les instincts humains » (1). Il estime que l'existence de ces sens chez l'homme « est un phénomène d'observation » (2). Je ne crois pas à l'existence de ces sens spirituels; surtout je ne crois pas que leur existence soit constatable expérimentalement, soit un phénomène d'observation. Et, en ce qui concerne l'application de cette doctrine philosophique à la philosophie du droit naturel, je crois qu'elle soulève les mêmes objections que l'appel de M. GÉNY à l'intuition et aux principes irrationnels de connaissance (3). Je ne crois pas qu'il y ait une « mystique » du droit naturel, une connaissance de ce droit donnée par un autre instrument que la raison raisonnante, travaillant sur les données de l'expérience.

La seconde objection que j'ai à présenter me paraît pouvoir être rattachée à celle qui précède : le juste réalise, dit M. LE FUR, une synthèse de bien moral et de l'utile, un minimum éthique, et un maximum économique, ou encore « le maximum de justice que peut admettre la population du pays » (4). Qu'est-ce qui fixe ce maximum, et ce minimum? Qu'est-ce qui sert de base à cette proportion? M. LE FUR ne le dit pas d'une façon précise. Il compte, semble-t-il, pour faire cette discrimination, sur ce « sens du juste », au-

(1) *Droit naturel et droit rationnel*, p. 36.

(2) *Le Fondement de droit*, p. 13.

(3) Voir paragraphe précédent, n° 19, pp. 83 et suiv.

(4) *Le Fondement du droit*, p. 43.

quel il a précédemment fait appel. Cela ne satisfait pas pleinement l'esprit : on souhaiterait un critère objectif (1).

Enfin y a-t-il une opposition entre le bien moral et l'utile? Certainement, si l'on entend l'utile au sens d'utile matériel; et encore faudrait-il dire que cette opposition n'est que partielle, car l'homme a un corps, une existence physique, et l'utile matériel a, pour cette raison, une valeur morale. Mais surtout, l'utile n'est pas seulement l'utile matériel; est utile tout ce qui sert à procurer un bien, et ce bien peut être de l'ordre le plus élevé. Il y a une réconciliation à trouver, à un étage supérieur, entre le bien moral et l'utile. Je crois même, comme je l'ai signalé plus haut, que le seul moyen de donner au « juste » un contenu, c'est de faire appel à un « Utile » supérieur, au bien humain total qui est à procurer; c'est là qu'est la racine du droit naturel.

(1) Le droit est la conformité à l'ordre; M. LE FUR maintient très fermement ce principe. Témoin ce passage: « Le droit, comme le juste sur lequel il repose, n'est pas une création arbitraire de l'homme, il suppose un ordre, donc une loi supérieure aux lois humaines, qui ne font que le constater, et sans lequel le droit objectif ne serait qu'une abstraction, un pur néant... Comme le dit Herbert Spencer, la justice résume les conditions du bonheur en commun, et celles-ci, qui résultent de l'exercice même de la vie, ne peuvent que se trouver conformes à la nature des choses ». (*Le Fondement du droit*, p. 41.) Mais, quelques lignes plus loin, il déclare: « C'est ici précisément qu'intervient le sentiment du juste pour coordonner et hiérarchiser les diverses données de la vie sociale. A la règle de droit dont il est l'âme ou, pour parler en termes plus positifs, l'inspirateur et le guide par le principe directeur qu'il lui fournit, il incorpore non pas toute la morale... » Il y a donc bien un *ordre* naturel objectif, mais c'est au moyen du *sentiment* qu'il est découvert.

Cette racine du droit naturel, M. LE FUR a signalé qu'elle devait être recherchée dans la nature profonde de l'homme, notamment dans les deux caractères essentiels de cette nature : la moralité et la socialité (1). Nous allons voir un autre juriste-philosophe insister d'une façon plus exclusive sur la nécessité de cette recherche du fondement du droit naturel dans les tendances essentielles de l'homme.

(1) *Guerre juste et juste paix*, p. 302.

CHAPITRE IV

LES TENDANCES ESSENTIELLES DE LA NATURE HUMAINE FONDEMENT DU DROIT

M. Hauriou.

26. Doctrine présentée par HAURIU dans l'article du *Correspondant* (1918) : les tendances essentielles de la nature humaine. — 27. Examen critique. — 28. Doctrine présentée dans le *Précis de droit constitutionnel* : l'ordre social et la justice; la réalisation de l'ordre naturel dans les périodes démocratiques. — 29. Discussion : pas d'opposition entre l'ordre social et la justice. — 30. L'entreprise d'une civilisation.

26. — « Il faut reconstituer les doctrines traditionnelles, en les débarrassant des poncifs qui les défi-

gurent et en les adaptant franchement aux problèmes contemporains » (1).

Ce but, le regretté doyen de la Faculté de Toulouse ne l'a pas poursuivi dans une direction unique : les éditions successives de ses ouvrages, les articles qu'il a publiés, marquent d'année en année l'évolution de sa pensée. N'ayant pas ici à faire l'historique de cette pensée, je l'étudierai dans ses dernières formes, c'est-à-dire à partir de l'article capital paru pendant la guerre dans le *Correspondant*, sous le titre : *Le droit naturel et l'Allemagne* (2). J'examinerai, outre cet article, les deux éditions du *Précis de droit constitutionnel* (1923 et 1929), la première reprenant les idées essentielles de l'article du *Correspondant*, la seconde reproduisant, sur la question qui nous intéresse, un article paru dans la *Revue trimestrielle de droit civil* (3).

Dans l'article du *Correspondant*, HAURIU pose d'abord l'existence d'un idéal de justice universel et immuable, grâce auquel le droit ne s'identifie pas avec la force. Mais cet idéal est senti d'instinct : actuellement aucune doctrine solide ne justifie de son existence; l'état d'esprit évolutionniste a porté un coup mortel à la doctrine du droit naturel.

Or, en réalité, une base solide peut être trouvée, pour asseoir cette doctrine, dans la notion de l'espèce

(1) HAURIU, *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} éd., 1923, préface, p. v.

(2) *Le Correspondant*, année 1918, 25 septembre, p. 913.

(3) *L'ordre social, la justice et le droit*, revue trimestrielle de droit civil, octobre-décembre 1927, n° 4.

humaine : car le droit naturel humain et universel n'est pas autre chose que le droit de l'espèce humaine. Cette vérité, fait observer l'auteur, avait été mise en valeur par la théologie, mais elle a été abandonnée lors de la laïcisation du droit naturel.

Or elle permet d'une part d'assurer au droit naturel une universalité et une fixité égales à celle de l'espèce elle-même. D'autre part, elle lui donne un caractère individualiste, car, si la société est une modalité de l'espèce, et, de ce fait, est naturelle, cependant c'est l'individu qui est porteur du type, de même que c'est lui qui est chargé d'assurer la perpétuité de l'espèce.

Cet individualisme est pessimiste, car l'homme est adapté à une loi morale, mais imparfaitement adapté. Aussi a-t-il des ambitions insatiables qu'il ne peut assouvir, des aspirations idéales qu'il ne peut réaliser. Pour expliquer cette situation de l'homme, Hauriou semble bien prendre à son compte le thèse de Dastre, d'après laquelle le cerveau humain s'étant développé d'une façon extraordinaire, la connaissance humaine a dépassé le niveau où l'instinct pouvait suffire à agir corrélativement avec elle; l'impulsion interne de l'instinct n'étant donc plus en mesure de régler l'activité de l'homme, il a fallu que celui-ci s'adaptât à une loi extérieure à lui, la loi morale. Cette adaptation s'est faite au moment même où l'espèce se fixait, de sorte que la moralité, la « sapientia », caractérise l'homme. Cependant l'intelligence de l'homme étant toujours en avance sur sa volonté,

le déséquilibre subsiste, d'où l'écart entre la morale et les mœurs : « L'histoire des mœurs n'est que le long martyrologe de la loi morale » (1).

HAURIOU conclut ainsi : « Ce n'est pas ici le lieu d'insister sur toutes les conséquences fécondes de l'introduction de la notion de l'espèce. Il est clair que toutes les grandes questions, celle de la famille, celle de la propriété, celle du pouvoir, devront être posées et examinées par rapport à l'espèce avant de l'être par rapport à la société organisée; la plupart des droits de l'homme auront sans doute leur racine dans les instincts de l'espèce, la plupart des pouvoirs aussi. »

« Pour le moment, contentons-nous d'avoir retrouvé, dans la notion de l'espèce humaine, le fondement du droit naturel éternel, avec son idéal de liberté et de justice, et de dire aux Allemands : « Vous aviez naufragé la barque d'Osiris, nous « l'avons remise à flots » (2).

Il a repris les mêmes idées dans la première édition (1923) de son *Précis de droit constitutionnel*. Il insiste toutefois d'une manière plus explicite sur le caractère objectif et immuable des données idéales de la moralité et de la justice : Puisque les êtres vivants se développent par adaptation, et que cette loi de l'adaptation s'applique aussi bien au développement intellectuel qu'au développement physique, il est clair que l'intelligence humaine n'a pu se déve-

(1) *Le droit naturel et l'Allemagne*, p. 937.

(2) *Loc. cit.*, p. 939.

lopper qu'en s'adaptant à des réalités douées d'une véritable existence objective.

27. — Discutable est évidemment l'origine assignée par HAURIU à la conscience morale de l'homme. L'explication par le développement cérébral excessif n'apporte pas une grande satisfaction à l'esprit. Mais cela n'enlève pas sa valeur à cette affirmation que la moralité est essentielle à l'homme, et que pour trouver le fondement du droit il faut s'élever jusqu'au fondement de la morale. « La loi naturelle dérive de la loi morale, la justice sociale n'est qu'une modalité du bien moral, déterminée occasionnellement par l'existence des relations sociales; cette parenté ne saurait être contestée » (1). Il est essentiel d'affirmer cette parenté. On peut se diviser ensuite sur la question de savoir si la justice sociale n'est « qu'une modalité du bien moral »; je crois, pour ma part, qu'il y a entre la morale et le droit une différence plus profonde; je crois en outre que la morale joue par rapport au droit non le rôle de base, de fondement, mais le rôle de fin; que le droit naturel ne dérive pas de la loi morale (ou qu'il ne peut être dit en dériver qu'à la manière dont on peut dire que les moyens dérivent de la fin, parce que c'est la connaissance de la fin qui détermine le choix des moyens). Mais que le droit soit dépendant de la

(1) *Loc. cit.*, p. 926.

morale, que le bien commun, auquel se réfère le droit, soit subordonné au bien total de l'homme, auquel se réfère la loi morale, je crois qu'il n'y a pas de saine philosophie sociale qui ne le soutienne.

Ayant donc posé que la détermination du fondement de la morale doit procéder celle du fondement du droit, HAURIÖU, avons-nous vu, place ce fondement de la morale dans l'adaptation de l'homme à une réalité extérieure, qui est Dieu. Il semble que l'on puisse interpréter sa pensée en ce sens que l'ordination à Dieu est essentielle à la nature humaine, que la loi de Dieu est en quelque sorte incluse dans la loi de l'espèce. Il reste cependant dans sa doctrine, à ce point de vue, quelque chose de flottant et d'indécis, qui tient au conflit des tendances positivistes et des tendances métaphysiques et religieuses qui se partagent l'esprit de l'éminent auteur.

A ce principe de la dépendance du droit à l'égard de la morale, se rattache cette vérité essentielle qu'HAURIÖU a mise sous un jour nouveau : le droit, comme la morale, trouve sa source dans les tendances profondes de la nature humaine. Que l'on parle de l'« *homo sapiens* » avec l'anthropologie, ou de l'« *animal rationale* » avec la philosophie, c'est dans les tendances profondes de l'homme, non seulement en tant qu'animal, mais surtout en tant qu'homme — HAURIÖU met très nettement l'accent sur la « *sapientia* » — que nous devons trouver les données essentielles de la loi morale et du droit naturel.

C'est là une vérité capitale. Et cependant je vou-

drais faire à son sujet une réserve : cette notion d'espèce peut prêter à équivoque, car elle peut être prise, soit comme représentant la nature de l'*homo sapiens* abstraitement considérée, se distinguant par ses caractères essentiels des autres espèces animales, soit comme représentant la collection des individus qui présentent ces caractères.

Lorsque HAURIOU déclare que toutes les grandes questions devront être posées et examinées par rapport à l'espèce, devons-nous entendre que ce sont les intérêts de l'espèce en tant que collection d'individus qui sont primordiaux, et doivent primer les intérêts des individus; que le bien de l'espèce, sa perpétuité, son harmonieux développement, seuls, importent, et que la recherche de ce bien de l'espèce justifie l'écrasement des individus? Telle n'est certainement pas la pensée d'HAURIOU, qui, nous l'avons vu, a voulu au contraire construire une doctrine individualiste (1). Mais il suffit, à mon avis, que l'équivoque soit possible pour qu'il soit préférable de revenir au vocable de « nature humaine », ou plutôt de « nature de l'espèce humaine », qui me paraît exprimer l'idée d'HAURIOU. Et cela n'empêcherait pas d'utiliser tous les arguments tirés de l'anthropologie et de la sociologie dont il a enrichi la démonstration de la fixité du droit naturel : si l'espèce humaine est fixée, la nature de l'espèce humaine est également fixée.

(1) Et même c'est pour opposer sa doctrine à celle des sociologues qu'il introduit la notion d'espèce : espèce, pour lui, s'oppose à société.

28. — Il est bien regrettable que HAURIUO n'ait jamais entrepris de montrer quels sont les droits essentiels de l'homme qui trouvent leur racine dans les intérêts de l'espèce. Sans doute la raison en est-elle que cette démonstration l'aurait obligé à une incursion assez étendue dans le domaine de la philosophie du droit privé qui n'était pas le domaine habituel de ses recherches. Car le droit privé soutient avec les tendances essentielles de l'homme des rapports plus étroits que le droit public qui, lui, repose plus directement sur la vie sociale. Et c'est sans doute pour cela qu'il a même supprimé, dans la seconde édition de son *Précis de droit constitutionnel*, les considérations sur la notion d'espèce qui figuraient dans la première édition, et qu'il a posé le problème d'une façon tout à fait différente. Je ne crois pas qu'il y ait là un abandon de son premier point de vue, mais simplement une nouvelle manière de présenter les choses, jugée plus adéquate à l'objet traité (1). Il semble que les deux théories doivent se superposer, ce qui n'est pas sans créer quelques difficultés.

Voici donc quelle est cette seconde construction :

Le droit positif est composé d'ordre social et de justice; tel est le nouveau point de départ adopté. La justice a pour but « *l'æquum et bonum*, c'est-à-dire

(1) Dans l'avertissement de la seconde édition, il signale simplement que la première partie de l'ouvrage a été entièrement refaite « afin de rendre plus évidente la position classique, qui est que les civilisations sont le produit des idées, et non pas les idées le produit des civilisations », p. xiv.

une égalité ou, tout au moins, une proportionnalité entre les hommes dans la jouissance du bien » (1). L'ordre social a un but double : d'une part assurer la subsistance du groupe et faire l'entreprise d'une civilisation, d'autre part assurer la stabilité et la continuité des situations et des relations sociales. Ces deux buts répondent, le premier au contenu et à la matière de l'ordre social, le second à sa forme.

L'ordre social est un élément des sociétés plus primordial que la justice, et parfois en désaccord avec elle. Il est « ce qui nous sépare de la catastrophe » (2), et les hommes préfèrent supporter une certaine dose d'injustice, plutôt que de risquer la catastrophe. L'ordre social représente le *minimum d'existence* et la justice sociale est un luxe dont, dans une certaine mesure, on peut se passer (3).

Tel étant le droit positif, composé d'ordre public et de justice, tantôt en conflit, tantôt en conjonction, que sera le droit naturel ? Il ne peut être uniquement une collection de préceptes de justice, parce qu'en ce cas la conception n'en serait point née puisqu'elle ne se serait pas séparée de celle de la justice elle-même. Le droit naturel suit la nature, mais la nature de l'homme et des sociétés n'implique pas seulement l'équité dans les relations, elle implique également « l'ordre dans la structure sociale » (4).

(1) *Précis*, 2^e éd., 1^{re} partie, ch. II, section I, § II, p. 36.

(2) *Précis*, 2^e éd., 1^{re} partie, ch. II, section I, § II, p. 37.

(3) *Précis. Loc. cit.*

(4) *Loc. cit.*, p. 59.

Ici l'on souhaiterait voir l'auteur, rejoignant son étude de dix années antérieure (1), tirer de l'analyse des principales tendances de l'espèce humaine les éléments essentiels de cet ordre, de cette structure sociale. Il n'en est rien; HAURIOU tourne court, et, au lieu de tenter une analyse directe des données de l'ordre naturel, il se jette dans un procédé tout empirique pour les reconnaître de l'extérieur et en bloc. Ce procédé consiste à rechercher à quel moment la croyance au droit naturel a exercé une action massive sur les esprits. Ayant reconnu ces périodes, on examine quel est l'ordre social qui y règne. Cet ordre social est l'ordre social de droit naturel. Or, en employant ce procédé, on s'aperçoit que c'est le droit commun des grandes époques de civilisation démocratique qui est le droit correspondant à l'ordre naturel, le droit naturel lui-même à peu près réalisé.

Comment s'explique cette identité essentielle du droit commun des peuples civilisés en période démocratique, et du droit naturel? Elle s'explique par ce fait que le droit des périodes démocratiques est celui « qui intègre la plus grande somme de justice égalitaire, et qui détend les ressorts de l'ordre social jusqu'à l'extrême limite où ils peuvent être détendus

(1) Et spécialement cette affirmation déjà citée : « Il est clair que toutes les grandes questions, celle de la famille, celle de la propriété, celle du pouvoir, devront être posées et examinées par rapport à l'espèce... la plupart des droits de l'homme auront sans doute leurs racines dans les instincts de l'espèce, la plupart des pouvoirs aussi ».

sans que l'édifice social s'écroule immédiatement » (1). C'est qu'en effet si l'ordre social, dans la conception d'HAURIU, n'exclut pas la justice (il peut en être « saupoudré » (2), même « imprégné » (3)), cependant, avons-nous dit, il n'est pas juste en lui-même, et même il contient toujours une certaine dose d'injustice que les hommes préfèrent supporter plutôt que de risquer la catastrophe. L'exemple suivant marque bien quelle est la pensée de l'auteur : la justice, dit-il, eût exigé la revalorisation de la monnaie nationale, l'ordre social exige sa stabilisation au cours déprécié d'après-guerre.

C'est à cause de cette sorte de conflit entre l'ordre social et la justice qu'HAURIU cherchant quel doit être le contenu du droit naturel idéal, croit le trouver dans celui qui détend les ressorts de l'ordre social jusqu'à la limite extrême où ils peuvent être détendus. Il semble bien, en effet, qu'une fois ce conflit affirmé, il n'était pas besoin de passer par l'explication historique qu'il donne — et qui est bien peu convaincante — (4), pour affirmer que le droit idéal sera celui dans lequel l'ordre social sera réduit au strict minimum, et dans lequel par conséquent la justice

(1) *Loc. cit.*, p. 60.

(2) *Loc. cit.*, p. 35.

(3) *Loc. cit.*, p. 39.

(4) Car, enfin, le fait qu'à telle époque telle école philosophique et sociale a été très en faveur ne prouve nullement qu'à cette époque l'ensemble de la société vivait réellement sous la lumière des règles posées par cette doctrine, surtout lorsqu'il s'agit d'une doctrine dont le contenu a donné lieu à autant d'interprétations différentes que celles du droit naturel.

atteindra son maximum : L'ordre social est une sorte de charpente qui, comme un échafaudage, nuit à la beauté de la façade. Plus il sera réduit, mieux cela vaudra.

Par cette conséquence qui logiquement en découle, se manifeste, me semble-t-il, ce qu'il y a de boiteux dans cette thèse du conflit de l'ordre social et de la justice. Car voici que le droit naturel idéal consistera en un équilibre le plus instable possible ! Il consistera en une détente des ressorts de l'ordre social telle que, si on les détend le moins du monde davantage, « l'édifice s'écroule immédiatement » (1). Voilà un idéal bien dangereux ; et s'il y a eu, comme le dit HAURIU, des périodes où cet idéal a été à peu près réalisé, on peut se demander s'il est vraiment souhaitable d'y retourner. Vivre dangereusement, cette formule bien moderne est bonne sans doute pour les individus, à condition de la bien entendre, bonne aussi sans doute pour les peuples à certaines époques héroïques, mais le droit idéal à souhaiter à un peuple, s'il ne doit pas impliquer une stabilité de mort, ne doit pas contenir non plus cette menace perpétuelle de catastrophe, d'autant plus imminente que l'on s'approche plus de l'idéal.

29. — Aussi convient-il de faire un peu plus confiance à l'ordre social. Reprenons un des exemples donnés par HAURIU, celui de la stabilisation de la

(1) *Loc. cit.*, p. 60.

monnaie. La justice exige-t-elle nécessairement la revalorisation, et ne peut-elle s'accorder avec l'ordre social qui exige la stabilisation? La revalorisation est « le seul moyen de ne pas créer d'inégalités entre les divers créanciers de l'Etat ». Toute la question est donc de savoir si la justice est toujours dans une égalité, s'il n'y a pas des cas où cette égalité doit être rompue pour une justice plus haute. Que, dans l'exemple invoqué, l'égalité entre les créanciers de l'Etat doive être rompue, si de très graves raisons d'Etat l'exigent (1), tout le monde est d'accord sur ce point. Mais la question est de savoir si dans cette rupture d'égalité il y a rupture de justice, ou au contraire autre forme de justice; s'il n'y a pas entre les principes de justice un ordre, une hiérarchie, qui font que l'un cesse de jouer pour qu'un autre plus élevé joue.

Comment la justice pourrait-elle être ainsi à la fois une et diverse? Cela n'est possible que si elle est l'application uniforme et stricte d'un ordre en lui-même divers.

Mais HAURIOU lui-même n'a-t-il pas dit : la justice est une, et c'est l'ordre qui est divers? (2). Le grand mérite d'HAURIOU ayant été de poser comme prépondérante la notion d'ordre social, son tort, à mon avis, est de l'avoir opposée à la notion de justice, alors qu'en réalité elles se superposent. Il a vu l'ordre et la justice comme fonctionnant l'un à part

(1) Si, par exemple, cela est nécessaire pour éviter de très graves perturbations économiques.

(2) *Loc. cit.*, p. 58.

de l'autre, alors qu'il fallait les voir unis. Cela tient à ce qu'il a pris le mot justice en son sens le plus étroit, au sens de pure égalité entre des individus ou des choses, et non au sens de proportion due, d'appartenance déterminée par un ordre préexistant.

Cet ordre qui est le fondement de la justice, c'est l'ordre naturel. Et comme il est juste en lui-même, par cela seul qu'il est ce qu'il est, on peut très légitimement l'appeler « la justice ». Mais il faut bien savoir alors que la justice n'est plus égalité et proportion, mais base d'après laquelle doivent être calculées toutes les égalités et toutes les proportions.

L'ordre naturel étant donc celui qui est donné dans la nature même de l'homme et des choses, quels rapports soutient l'ordre social avec cet ordre naturel?

Tout d'abord il y a dans l'ordre social des principes d'organisation qui sont l'expression de certains principes de l'ordre naturel, ou qui en découlent directement.

En second lieu il y a dans l'ordre social des principes d'organisation qui portent sur des points sur lesquels l'ordre naturel ne se prononce pas. Mais il convient, il est conforme au droit naturel que ces points soient réglementés. Le droit naturel ne donne pas de directives, mais il pose ce principe que des directives doivent être données; la directive une fois donnée se trouve donc, parce qu'elle est donnée, conforme à l'ordre naturel.

Cette distinction, il me paraît regrettable qu'Hauriou ne l'ait pas faite.

Lorsqu'il parle de l'ordre social, il ne pense qu'à cet ordre de la seconde catégorie, qui est arbitraire dans son contenu. Et parce que cet ordre peut être légitimement ceci ou cela, et ne paraît donc pas soutenir de rapports avec la justice, il l'a opposé à celle-ci. Je crois qu'il y a été conduit par sa conception trop étroite de la justice. Si au contraire on admet que la justice c'est en réalité l'ordre naturel lui-même, on peut dire que tout cet élément d'ordre social dont l'existence, sinon le contenu, dérive de l'ordre naturel, est juste lui-même; puisque c'est un principe de l'ordre naturel qu'il y ait de l'ordre même dans les matières où l'ordre naturel par lui-même, n'en apporte pas.

Si l'ordre artificiel est bon dans les matières où l'ordre naturel n'intervient pas directement, il est mauvais dans les matières où l'ordre naturel doit intervenir. Et c'est en cela qu'il faut donner raison à HAURIU dans sa méfiance à l'égard de l'ordre social. « Avec l'ordre, ce qu'il faut craindre... c'est qu'il ne devienne trop envahissant » (1). Et c'est en ce sens qu'il faut détendre les ressorts de l'ordre social. Car il est bien certain qu'il n'existe pas d'état social où l'ordre artificiel n'ait empiété illégitimement sur l'ordre naturel : l'évolution historique des institutions, la routine, la volonté arbitraire des gouvernants y ont travaillé. Faire rentrer l'ordre arbitraire dans le domaine qui lui appartient, ce doit être l'idéal des

(1) *Précis de droit constitutionnel*, p. 6.

législateurs. Mais c'est pour mettre mieux en valeur l'ordre social naturel.

30. — La doctrine d'HAURIUO soulève donc, je crois, des difficultés lorsque, rapprochant ses divers aspects, on les pousse chacun, jusqu'à ses ultimes conséquences.

Mais cette doctrine est extrêmement riche, riche en observations du réel, riche en pensées évoquées à propos de ces observations.

Ainsi cet ordre social, dont nous avons vu que son opposition avec la justice le réduit à n'être qu'une ossature presque indésirable, est défini cependant par l'auteur d'une manière lumineuse : « L'ordre social est une organisation de la société sur certaines bases en vue d'assurer au mieux la subsistance du groupe, de faire l'entreprise d'une civilisation et aussi en vue d'obtenir, par des équilibres appropriés, le mouvement lent et uniforme de l'ensemble des situations et relations sociales » (1). Si nous laissons de côté le second membre de phrase, relatif au mouvement des situations, qui n'intéresse pas directement la doctrine du droit naturel, nous trouvons dans le premier une admirable définition du bien commun de la société : d'une part la subsistance du groupe, la vie matérielle, d'autre part « l'entreprise d'une civilisation », c'est-à-dire le développement, par la vie

(1) *Précis de droit constitutionnel*, 1^{re} partie, ch. II, section I, p. 34.

sociale, des facultés supérieures de l'homme, l'élévation du niveau de la culture intellectuelle et morale. Il est à regretter qu'HAURIU n'ait pas davantage utilisé cette notion.

CHAPITRE V

LE BIEN COMMUN FIN DU DROIT

§ 1. *M. J. Dabin. — Le droit naturel moral.*

31. La doctrine de M. DABIN : droit naturel moral et droit juridique positif. Le contenu du droit naturel moral : la justice. L'adaptation à l'ordre juridique : le bien commun. — 32. Discussion. Possibilité d'un droit naturel juridique. — 33. Insuffisance de la justice au sens strict pour fonder le droit. — 34. Application : les allocations familiales. — 35. Rapports du droit juridique et de la morale.

31. — HAURIOU invoque parfois la philosophie de saint THOMAS D'AQUIN comme la sienne propre; et son réalisme se relie en effet à la doctrine thomiste, en ce qu'il place le fondement du droit naturel dans les tendances essentielles de la nature humaine. Mais sa doctrine est cependant une synthèse très personnelle, où, au total, l'élément péripatéticien et thomiste n'entre pas pour une très grande part.

Nous arrivons maintenant à des thèses où cet élément tient une large place, tout en laissant subsister une libre interprétation personnelle.

C'est d'abord celle de M. DABIN, professeur à la Faculté de droit et à l'Ecole des sciences politiques de l'Université de Louvain (1).

La thèse essentielle de M. DABIN est que le droit naturel existe, mais qu'il est un droit naturel moral, et non un droit naturel juridique.

Il faut, en effet, selon lui, distinguer entre droit moral et droit juridique. Par droit moral on doit entendre, soit l'ensemble des règles obligatoires en conscience, au for interne, c'est-à-dire la morale tout entière, soit, en un sens plus étroit, la partie de la morale qui traite de la justice et des vertus annexes de la justice. Par droit juridique on doit entendre l'ensemble des règles posées par la société politique, et garanties, au for externe, par un appareil de contrainte publique. Deux caractères sont essentiels au droit juridique : il s'accompagne de contrainte publique; il est une construction faite par la société. Or ces deux caractères impliquent positivité. Donc le droit juridique ne peut être que positif; le droit naturel juridique n'existe pas. Au contraire la nature de l'homme nous révèle les normes essentielles de l'ordre moral. Le droit naturel est un droit naturel moral (2).

(1) J. DABIN. *La philosophie de l'ordre juridique positif, spécialement dans les rapports de droit privé*. Paris, Sirey, 1929.

(2) *Op. cit.*, pp. 1 à 12. Voir également : la contrainte publique est de l'essence même du droit, pp. 55 et 56; le droit est une construction de la raison, p. 101.

La raison profonde qui explique le caractère de construction et la positivité du droit juridique est que celui-ci a sa fin propre, qui est étrangère à la morale. Par conséquent il faut bien que l'autorité intervienne, non seulement pour promulguer et sanctionner ses préceptes, mais même pour les déterminer (1). Cette fin propre, c'est le bien commun temporel de la société. Or, dans la conception de M. DABIN, alors que la perfection des individus, fin de la morale, relève de la nature humaine et participe de sa stabilité, le bien commun temporel, fin du droit juridique, ne répond à aucune règle constante : « Le bien commun en soi n'est qu'une abstraction. Chaque peuple a son bien commun particulier auquel il doit tendre et qui correspond à sa structure, à ses aptitudes et à ses besoins... Tout dépend des conditions géographiques, historiques, politiques, sociales et morales qui donnent à chaque peuple sa physionomie, son caractère et son bien propre » (2). De ce bien commun il faut dire : « Vérité en deçà des Pyrénées, erreur au delà » (3). Il est essentiellement relatif, et c'est pour cela que le droit juridique qui s'y réfère ne peut être que relatif. Il n'y a pas de droit juridique permanent et naturel, il n'y a de droit juridique que changeant et construit.

Il existe donc un droit moral naturel, et un droit juridique positif. Ils sont reliés l'un à l'autre par une méthode, c'est-à-dire par une philosophie et une tech-

(1) *Op. cit.*, pp. 7 et 8.

(2) *Op. cit.*, pp. 162 et 163.

(3) *Op. cit.*, p. 163.

nique juridique qui permettent, à partir de ce droit naturel moral, et en fonction du bien commun d'une part, et d'autre part des moyens techniques qui peuvent être mis en œuvre, de construire ce droit juridique. Le juriste procède à une adaptation des règles du droit naturel moral aux exigences spéciales de l'ordre juridique (1).

Quel est le contenu de ce droit naturel moral? En quoi consiste cette adaptation?

Le contenu du droit naturel moral, c'est, avons-nous dit, en un sens large, toute la morale. Mais parmi les préceptes de la morale, il en est un qui doit attirer spécialement l'attention du juriste, c'est le précepte de la justice : rendre à chacun le sien. Ce qui fait que ce précepte est, pour le juriste, à mettre hors de pair, c'est qu'il implique l'exigibilité : l'exigibilité, la vindicte, partie intégrante de la justice, est un caractère qui lui est commun avec le droit (2), et la désigne pour être le fondement essentiel de celui-ci (3).

L'adaptation du droit naturel à l'ordre juridique consiste tout d'abord en ce que, trop indéterminé, il doit être précisé au moyen des règles d'une morale positive. La morale catholique a des titres éminents à jouer ce rôle. En second lieu, le droit naturel doit subir un changement de point de vue. Car la justice

(1) *Op. cit.*, pp. 152 et suiv.

(2) Lorsque M. DABIN emploie le mot « droit » sans le faire suivre d'un qualificatif, il entend désigner le droit juridique.

(3) *Op. cit.*, pp. 362 et suiv.

n'est, pour le droit juridique, qu'un moyen à utiliser en vue d'une fin qui est le bien commun. Elle est le moyen normal, régulier : le règne de la justice est la meilleure garantie de la concorde, qui est l'élément essentiel du bien commun. Mais il peut arriver que la justice ne soit pas le moyen adéquat, que le bien commun ait des exigences qui dépassent le cadre de la justice, ou même qui entrent en conflit avec une stricte justice distributive (1). On en voit des exemples dans les rapports entre propriétaires et locataires, entre créanciers et débiteurs, etc., surtout dans les périodes de crise. Il se produit donc une sorte de décalage entre la morale et le droit, spécialement entre la justice et le droit, qui partiellement se recouvrent, et partiellement ne se recouvrent pas (2). Ce décalage donne lieu, dans l'ouvrage de M. DABIN, à une « vérification expérimentale » extrêmement intéressante, à travers le domaine du droit privé.

Droit naturel uniquement moral, passage de ce droit naturel à l'ordre juridique par l'intermédiaire de la notion de justice, celle-ci formant la matière naturelle de l'ordre juridique, spécificité des solutions

(1) *Op. cit.*, p. 177.

(2) Il est une situation juridique, celle créée par la règle : en matière de meuble possession vaut titre, où M. Dabin voit un conflit entre le droit non plus seulement moral mais juridique et le non-droit, et c'est le non-droit qui l'emporte, et c'est lui qui peut « s'abriter sous le patronage du bien commun » (p. 503). J'avoue ne pas voir comment, alors que le droit juridique a pour objet propre d'organiser le bien commun, le non-droit peut s'abriter sous le patronage de celui-ci.

juridiques, tels sont les points essentiels de la doctrine soutenue par M. DABIN.

On le voit, cette doctrine se rapproche de celle de M. G. RIPERT en ce que l'une et l'autre ne reconnaissent de droit juridique que positif. Mais elle en diffère essentiellement en ce que, pour M. DABIN, il existe un droit naturel moral, tandis que, pour G. G. RIPERT, la morale elle-même, au moins la morale, naturelle, est dépourvue de valeur objective.

D'autre part, M. DABIN rejoint la doctrine d'HAURIU lorsqu'il oppose la justice et l'ordre public.

32. — Que faut-il penser de cette assertion : il n'y a pas de droit naturel juridique; le droit naturel ne peut être que moral?

L'argumentation de M. DABIN me paraît tenir dans ces deux affirmations : 1° le droit implique la contrainte; 2° le droit implique une construction en fonction d'un bien commun qui est essentiellement relatif.

Le droit implique la sanction de la contrainte publique. Si l'on entend cette affirmation en ce sens que la règle juridique implique la contrainte publique *actuellement réalisée*, il en résulte bien évidemment que le droit juridique ne peut être que positif. Mais c'est ce que l'on a pris pour accordé ce que l'on cherchait à démontrer. Si au contraire on l'entend en ce sens que la règle juridique s'accompagne par essence de la contrainte publique comme sanction, il n'est plus démontré que le droit juridique soit néces-

sairement positif. Car cela signifie simplement que si la contrainte publique n'est pas réalisée, la règle juridique elle-même n'est pas réalisée, ne fonctionne pas ; elle est à l'état d'existence idéale, et la contrainte publique qu'elle implique est également à l'état idéal. L'une et l'autre passent ensemble du domaine de l'existence idéale au domaine de l'existence concrète.

En second lieu, pour M. DABIN, le droit juridique implique nécessairement détermination, construction effectuée par la raison. Et cette construction dépend essentiellement de la fin à laquelle elle tend, qui est le bien commun. Le nœud de l'argument me paraît être le caractère relatif du bien commun. Faut-il admettre avec M. DABIN cette relativité totale du bien commun ? Toute la question est là.

Lorsque M. DABIN déclare : « Le bien commun en soi n'est qu'une abstraction », nous sommes tous d'accord avec lui. Nous ne sommes pas platoniciens, nous n'entendons pas « réaliser » le bien commun en soi. Mais de ce que le bien commun en soi n'est pas une réalité indépendante, et n'existe que dans le bien commun de telle ou telle société, il ne faut pas conclure que le bien commun de telle société et le bien commun de telle autre société ne présentent pas des caractères communs, des caractères qui se retrouvent les mêmes dans tous les biens communs de toutes les sociétés, et constituent les exigences *naturelles* du bien commun social.

Certains passages de l'ouvrage de M. DABIN donnent

à croire que la pensée de l'auteur se trouve en heureuse contradiction avec elle-même sur ce point. Car il estime que le bien commun implique finalité, et appelle une opinion sur le problème des fins de l'homme (1). Or qui dit finalité, qui dit fin de l'homme, dit ordination constante. Donc ce bien commun n'est pas quelque chose d'entièrement changeant suivant le lieu, les circonstances, mais contient au contraire un élément fixe, une orientation déterminée. Le droit doit répondre à des « exigences vitales », affirme encore M. DABIN (2). N'est-ce pas reconnaître qu'il y a en lui quelque chose de naturel, quelque chose qui n'est pas pure construction?

Ce que l'on doit concéder à M. DABIN, c'est que, l'ordre du bien commun étant subordonné à l'ordre du bien humain, existant en vue de celui-ci comme un moyen par rapport à une fin, est, en tant qu'il dépend de lui, moins naturel que lui, puisqu'il est naturel par son intermédiaire. Mais d'autre part le bien commun est naturel par lui-même, directement, puisque le fait social est un fait naturel, que les moyens sociaux sont des moyens naturels, et que de la combinaison de ces moyens naturels avec ce à quoi ils tendent, résultent des exigences également naturelles.

Je ne crois donc pas que l'argumentation de M. DABIN tendant à démontrer la non-existence du droit naturel juridique soit convaincante. Et elle l'est

(1) *Op. cit.*, p. 164.

(2) *Op. cit.*, p. 239.

d'autant moins que M. DABIN a admirablement marqué la différence qui sépare la morale du droit, et que l'on sent très bien, lorsqu'on a lu les pages qu'il consacre à cette distinction, que son droit naturel moral n'est nullement un droit, et qu'il laisse tout à fait libre une place pour ce droit naturel juridique que M. DABIN ne reconnaît pas.

33. — La notion de droit naturel juridique me paraît même tout à fait indispensable pour combler ce fossé que M. DABIN nous montre entre la justice et le droit, pour parer à cette insuffisance de la notion de justice qu'il a si nettement vue : le bien commun, dit-il, demande, en outre de la justice, « une certaine somme d'entraide bienfaisante » (1).

Et, à mon avis, si l'on entend la justice au sens strict où M. DABIN l'entend, c'est bien d'une opposition entre elle et le droit qu'il faut parler, non pas à vrai dire d'une lutte, mais d'une opposition logique. Qu'est-ce, en effet, que le précepte de justice? C'est la règle en vertu de laquelle un homme rend à un autre ce qui est à lui; c'est donc une règle qui empêche les hommes d'empiéter l'un sur le domaine de l'autre, qui compartimente les rapports humains, qui met chaque homme à sa place et qui l'y fait rester, de façon qu'il puisse développer son activité personnelle sans être gêné et sans gêner autrui.

(1) *Op. cit.*, p. 618.

Qu'est-ce, au contraire, que la vie sociale? C'est la mise en commun par les hommes d'une partie de leur activité, afin que cette mise en commun leur procure les biens que précisément ils ne pourraient pas se procurer par leurs activités individuelles isolées.

En vertu même du rôle qu'elle joue, la justice ne peut pas être le fondement de la vie sociale. Elle interviendra après, dans la distribution des biens obtenus par le moyen de l'activité commune. Mais ce n'est pas elle qui est la source de cette mise en commun, de cette union, de cette communion, qui est l'essence même de la vie sociale. Les bons comptes font, dit-on, les bons amis. Il faut l'entendre en ce sens que les mauvais comptes détruiraient l'amitié; mais cela ne signifie pas que ce soit les comptes qui créent l'amitié. Il en est de même dans la vie sociale : décompter ce qui revient à chacun, cela n'avance à rien dans cette coordination des efforts humains à laquelle tout doit tendre. La justice est la sauvegarde des valeurs humaines les unes contre les autres; la vie sociale est la sauvegarde des valeurs humaines les unes au moyen des autres. Elles ont deux objets entièrement différents : l'une sépare les hommes, l'autre les unit. Certes pour que des valeurs humaines s'entraident, il faut d'abord qu'elles ne se détruisent pas; la justice est la condition *sine qua non* de la bonne vie sociale. Elle n'en est pas le ressort.

Je sais bien que M. DABIN fait entrer, dans son droit naturel moral, à côté du précepte de justice, le pré-

cepte de charité, et, en général, les devoirs qui reposent « non plus sur ce qui distingue l'individu de l'individu, mais sur ce qui réunit l'homme à l'homme » (1). Mais, dans son système, alors que les devoirs de justice, à cause de l'exigibilité qui les caractérise, bénéficient d'une présomption d'adaptation à l'ordre juridique, les devoirs de charité sont marqués d'une présomption contraire (2). C'est au juriste qu'il appartiendra de voir s'il « vaut mieux », s'il « est urgent », de conclure à l'encontre de ces présomptions (3), de ne pas sanctionner une règle de justice, ou de sanctionner une règle de charité.

Ainsi, faute d'avoir admis des règles naturelles d'entr'aide sociale, marquées tout de suite du caractère juridique, M. DABIN en arrive à laisser à une sorte d'empirisme le soin de décider si tel devoir moral, non exigible de soi, devra être rendu exigible (4).

34. — Aussi hésitera-t-il à utiliser dans une construction juridique cet élément moral qui unit les hommes entre eux. On en voit la preuve dans l'étude qu'il fait de la tendance de certaines législations à

(1) *Op. cit.*, p. 329.

(2) *Op. cit.*, p. 451.

(3) *Op. cit.*, p. 451.

(4) Comme je l'indiquerai plus loin, je ne crois pas, pour ma part, que le droit ait à sanctionner un devoir moral comme tel. Une obligation juridique peut se superposer à une obligation morale pour exiger le même acte; elle ne sanctionne pas l'obligation morale.

rendre obligatoire pour le patron le versement à ses ouvriers d'allocations familiales. Pour montrer que cette pratique, que la législation actuelle considère comme une pure libéralité, pourrait légitimement être rendue obligatoire, ce sont des arguments de justice qu'il met en avant, notamment cet argument que l'ouvrier père de famille nombreuse rend service au patron, d'une part en ce que ses enfants sont destinés à enrichir l'industrie soit comme producteurs, soit comme consommateurs, d'autre part en ce que l'établissement familial des salariés contribue à la stabilité de la main-d'œuvre 1).

Il est certain, en effet, que la stabilité de la main-d'œuvre est favorisée par l'établissement familial des salariés. Mais peut-on dire qu'il y ait une correspondance exacte entre ce service rendu au patron et l'allocation qu'il doit verser? (2). Non, certainement. On sent très bien qu'il y a dans l'allocation familiale tout autre chose que la rémunération d'un service rendu, qu'une équivalence de prestation. Examinons la situation au point de vue moral et au point de vue social. Au point de vue moral, il y a pour le patron une obligation d'aider son ouvrier à porter

(1) *Op. cit.*, pp. 565 et suiv.

(2) Si, d'ailleurs, il y avait avantage marqué pour le patron, on verrait les patrons rechercher d'eux-mêmes les ouvriers pères de familles nombreuses. Ce qu'il y a de vrai surtout, me semble-t-il, dans cet argument, c'est que cette stabilité de la main-d'œuvre établie familialement, le versement même de l'allocation l'accroît, en attachant l'ouvrier au patron. Dans cette mesure le patron rémunère bien une stabilité, mais dont la rémunération même est en partie la cause.

ses charges; c'est un devoir de charité, d'amitié bienveillante entre deux êtres que lie non seulement leur qualité commune d'êtres humains, mais aussi le fait qu'ils collaborent à une même œuvre; à ce devoir, qui n'en est pas pour cela moins impérieux, ne correspond pas d'exigibilité de la part de l'ouvrier. Au point de vue social, il y a la valeur humaine et sociale de la famille nombreuse. La famille nombreuse étant une valeur humaine a droit à la sollicitude de la société, car la société n'existe que pour la sauvegarde des valeurs humaines. Etant en même temps une valeur sociale, (en ce sens que les familles nombreuses contribuent à la prospérité du pays), elle a droit encore, à ce titre, à la sollicitude, si l'on peut dire, intéressée, de la société. Ceci posé, il faut remarquer avec M. DABIN que tout service rendu par la société lui coûte, et que, la société étant composée d'hommes, il coûte à des hommes. Puisqu'il doit coûter à des hommes, il est assez logique de le mettre à la charge de ceux qui en ont déjà dans une certaine mesure la charge morale, de ceux qui sont moralement les plus proches des bénéficiaires.

Dans cet exemple apparaît, à mon avis, clairement, l'erreur qu'il y a à considérer tout ce qui relève du bien commun comme construction purement artificielle, comme dépourvu de loi naturelle. Il me semble qu'ici ce principe, que la société doit sauvegarder la valeur humaine et sociale qui réside dans les familles nombreuses, est manifestement un principe de droit naturel juridique. Au contraire, la question

de savoir comment cette sauvegarde doit être organisée, et qui doit avoir la charge du service à rendre, est une question de technique.

35. — Lorsque je parle d'un droit naturel juridique distinct du droit naturel moral (que j'appellerais plutôt loi naturelle), je n'entends pas du tout soutenir que ce droit naturel juridique soit sans valeur morale, ni qu'il soit indépendant de la morale. Bien au contraire. Le droit juridique, ayant pour fin la sauvegarde et le développement des valeurs humaines, a une fin *essentiellement morale*. Il est entièrement ordonné à la morale. Seulement il a sa loi propre, sa nature propre qui est distincte de la nature de la loi morale. Il me semble important de noter que le droit ne repose pas sur la morale, il y tend; il ne se calque pas sur elle, il ne sanctionne pas ses lois, il favorise leur plein rendement. Le droit repose sur le fait social, et sur la nécessité de l'entr'aide humaine. De là se tire ce qu'il y a de formel en lui, ce qui fait sa nature de droit. Mais cette entr'aide est en vue du développement des valeurs humaines, donc en vue d'une fin essentiellement et tout entière morale. Ainsi le droit est à la fois autre que la morale, et cependant entièrement imbibé d'une vie morale.

Ces rapports d'antériorité ou de postériorité logique, de fondement ou de fin, entre le droit et la morale, sont particulièrement obscurs lorsque la morale est représentée par la notion de justice. J'ai eu déjà l'occasion d'aborder ce problème, qui, assez peu

aperçu au premier abord, se révèle très vite extrêmement difficile à résoudre. Il suffit, pour se rendre compte des difficultés qu'il présente, de se poser la question suivante : le droit a-t-il pour objet de faire régner la justice, ou bien est-ce la justice qui a pour objet de rendre à chacun son droit? M. DABIN n'a pas échappé à quelque confusion en cette matière : tantôt il affirme que la justice forme « la matière en quelque sorte naturelle de l'ordre juridique » (1), ce qui signifie que le droit doit faire régner la justice, et je crois que c'est bien là sa pensée véritable; tantôt au contraire il déclare que le devoir de justice « entraîne l'obligation de ne pas porter atteinte aux droits d'autrui » (2), ou encore que « la justice a pour objet le droit » (3). Dire d'une part que le précepte essentiel contenu dans le droit naturel est le précepte de justice, d'autre part que ce précepte de justice consiste à rendre à chacun son droit, cela ne peut pas ne pas donner l'impression d'un cercle vicieux. Et c'est bien l'impression qu'on éprouve en lisant le chapitre III de la section II, qui traite de la justice, et spécialement le § II intitulé « le *sum*, matière de la justice ». On y lit notamment cette phrase : « Il y a des choses qui, *de droit naturel* (4), appartiennent ou sont faites pour appartenir à l'homme privativement, et qui, *dès lors* (4), forment *matière*

(1) *Op. cit.*, p. 444.

(2) *Op. cit.*, p. 322.

(3) *Op. cit.*, p. 362.

(4) C'est moi qui souligne.

à justice (1) et sont inviolables dans le chef de leur propriétaire actuel » (2). D'après ce texte, c'est la justice qui se guide sur le droit naturel, non le droit naturel qui consiste en l'application du précepte de justice.

Pour limiter tout au moins la difficulté, je crois qu'on peut distinguer une première forme de la justice, qui consiste dans l'équivalence des prestations, et qui a beaucoup à voir avec la morale, mais assez peu avec le droit : les infractions graves qui y sont faites relèvent des tribunaux, mais elle occupe peu le législateur (3). Cette justice est inter-individuelle, non proprement sociale.

L'autre forme de la justice rend à chacun le « suum » naturel, le « suum » qui lui revient en droit naturel social. Cette justice tient compte de ce dont ne tient pas compte la première, la mise en commun des activités, la vie sociale, le bien commun. Aussi l'exacte équivalence des prestations s'y perd-elle quelque peu. Mais cette justice n'en est pas moins pour cela une justice, et une justice plus élevée que la première, puisqu'elle tient compte de tous les éléments de la vie humaine.

Le conflit entre la justice et le droit est en réalité un conflit entre une justice incomplète et la véritable justice sociale. Il faut, à mon avis, compléter la pen-

(1) C'est moi qui souligne.

(2) *Op. cit.*, pp. 375 et 376.

(3) Voir cependant le chapitre consacré par MM. G. RIPERT et DABIN à la lésion, et à la révision des contrats.

sée de M. DABIN en disant que les exigences du bien commun fondent une justice, qui a le pas sur la première.

§ 2. M. G. Renard. — *Le droit naturel à contenu progressif.*

36. La finalité du droit naturel dans la doctrine de M. G. RENARD. — 37. Analyse et discussion de la notion de droit naturel à contenu progressif.

36. — « Le rapport des êtres inférieurs à leurs fins s'appelle la loi physique; le rapport de l'homme à sa fin, la loi morale; le rapport des sociétés à leur fin, le Droit; et c'est là le *droit naturel* » (1). Pour M. G. RENARD, le droit naturel est essentiellement finalité, orientation des hommes vers un but commun d'activité, de la société vers son bien commun. Il est partie de l'ordre du monde, de l'harmonie universelle qui oriente tous les êtres vers la Fin ultime (2).

Or, de ce que le droit naturel est essentiellement finalité, orientation, « étoile dans le sillage de laquelle doit s'exercer la volonté humaine » (3), il résulte

(1) G. RENARD, *Le droit, l'ordre et la raison*, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit (3^e série), Paris, Sirey, 1927, 3^e conférence, p. 78.

(2) « ...l'ordre du monde, dont le droit naturel n'est qu'un parler ». Même conférence, p. 97.

(3) 4^e conférence, p. 120.

qu'il n'est pas immuable. Et il y a deux causes de changement en lui.

Tout d'abord, si l'étoile est fixe, la connaissance que nous en avons progresse. Notre philosophie s'affine, nous conquérons ce droit naturel peu à peu.

En second lieu, ce sillage de l'étoile, dans lequel nous marchons, est large, et laisse un espace libre pour les options du législateur.

Il faut noter que M. G. RENARD oppose son « droit naturel à contenu progressif » au « droit naturel à contenu variable » de certains juristes modernes, l'un lui apparaissant comme une boussole, l'autre comme une girouette (1).

Le droit naturel innerve le droit positif tout entier, jusque dans ses moindres détails, car « là où il n'est point, il n'y a plus de droit » (2), mais c'est un « droit inspirateur » (3), (M. RENARD le compare à un souffle poétique) ce n'est pas un droit tout fait.

Ce droit naturel postule la nature humaine, avec sa spécificité et son unité. Or l'unité de la nature humaine exige qu'il y ait un caractère qui appartienne à l'humanité tout entière et à elle seulement, qui soit la « dotation patrimoniale de l'espèce humaine » (4). Ce bien commun de l'humanité, c'est la raison.

Les droits de l'homme doivent donc dériver de ce

(1) 1^{re} conférence, introduction, p. 29.

(2) 4^e conférence, p. 141.

(3) 4^e conférence, p. 134.

(4) 6^e conférence, p. 219.

qu'il est doué de raison, de ce qu'il doit être traité comme un être raisonnable.

La fonction propre de la raison, c'est d'être ordnatrice. C'est la raison qui coordonne nos facultés et nos instincts, en les dirigeant tous ensemble vers leur « but commun d'activité ». Non pas qu'elle crée elle-même l'ordre, mais elle est le miroir d'un ordre préexistant, qu'elle sent d'abord spontanément, puis qu'elle connaît par réflexion.

La raison est en perpétuel progrès; et c'est au fond ce qui explique le caractère progressif du droit naturel. « On n'inventorie pas le contenu de la raison, pas même le tiroir du droit naturel, comme on inventorie les instincts des animaux; la raison est indéfiniment perfectible, et le droit naturel se constitue par alluvions incessantes » (1).

Le droit exprimant les conquêtes progressives d'une raison en train de s'assimiler un ordre, partie de l'ordre du monde, tel est donc en quelques mots la doctrine de M. G. RENARD. Valeur objective de la connaissance rationnelle, existence d'un ordre du monde, subordination du bien de la société au bien humain, toutes les grandes thèses classiques se retrouvent dans cette doctrine. Je n'y insisterai pas, et m'attacherai seulement à analyser la notion de « droit naturel à contenu progressif ».

(1) 7^e conférence, p. 243.

37. — Le droit naturel est une boussole, une étoile, un principe d'ordre et d'orientation. Il y a donc en lui quelque chose de fixe. La première question à se poser est celle de savoir quelle est la nature de cet élément fixe. Est-il un *rapport*, ou quelque chose de *donné*? Autrement dit est-il un aspect, une orientation inhérente au droit positif, ou bien un ensemble de principes généraux qui entrent dans ce droit positif à titre de composant? Il est difficile de le discerner exactement.

Est-il un rapport? « La doctrine que j'enseigne... se caractérise par une *finalité* : rien de plus... c'est un critère à juger... Il en est du droit naturel pour le juriste comme de la notion du Beau pour l'artiste : le Beau n'est pas une recette à fabriquer des chefs-d'œuvres » 1). De plus, le droit naturel innerve le droit positif dans ses moindres détails; or, M. G. RENARD n'entend pas — cela ressort avec évidence de toute sa doctrine — faire du droit naturel un système juridique complet; il reste donc que ce droit naturel qui marque de son sceau ou de son approbation toute détermination du droit positif, et qui n'est pas ce droit positif, soit une qualité, une coloration qui l'affecte, un rapport qu'il soutient .

Ou bien est-il un ensemble de principes? En ce sens il faut noter l'énumération que M. G. RENARD donne des principaux droits qui trouvent leur source dans la nature humaine (2). Il faut noter, en outre,

(1) 4^e conférence, p. 120.

(2) 6^e conférence, p. 226.

qu'il assigne au droit positif la double tâche de *définir* le droit naturel, et d'y ajouter les déterminations nécessaires eu égard aux opportunités (1).

Cette notion de droit naturel progressif ne me paraît donc pas parfaitement claire dans son contenu. En outre, je crains qu'elle n'enferme une équivoque. M. G. RENARD pose toujours l'ordre du monde comme un ordre fixe, et sa philosophie est tout le contraire d'une philosophie du devenir. Et il admet qu'il existe un « exemplaire idéal du droit commun de la nature humaine » (2). Presque toujours, lorsqu'il parle de droit naturel à contenu progressif, il fait allusion à un progrès de la raison, qui acquiert des connaissances nouvelles, qui perfectionne sa philosophie (3). Alors pourquoi présenter le droit naturel lui-même comme progressif, et non tout simplement comme

(1) 4^e conférence, p. 124. Il est vrai qu'aussitôt M. RENARD traduit ainsi sa pensée: « ...entrer dans le cône de lumière qu'il projette sur le terre-à-terre de nos intérêts, et puis y choisir le poste le mieux approprié aux intérêts du moment ». Suivant cette formule, le droit naturel serait une lumière extérieure, donc un rapport, et une lumière qui illumineraient le droit dans tous ses détails. Nous retombons dans la première hypothèse.

(2) 6^e conférence, p. 207.

(3) Il lui arrive cependant de définir la progressivité du droit naturel comme étant son développement, l'adjonction des déterminations qui le font entrer dans le droit positif: « Je vous ai présenté du droit naturel une notion progressive, qui garantit sa continuité ininterrompue avec le droit positif; un droit naturel en éventail, dont la poignée est entre les mains de la philosophie, et la pointe dans les droits positifs de toutes les institutions organisées: la famille, la nation, la corporation, l'Eglise ». (6^e conférence, p. 324.) La progression du droit naturel serait alors analogue au développement de la notion de justice dans la doctrine de M. GÉNY. Je ne crois pas que ce soit la pensée habituelle de M. G. RENARD.

progressive la notion que nous avons d'un droit naturel en lui-même fixe? Le droit naturel est-il l'étoile, ou son sillage mouvant? (1).

« Le droit naturel, dit M. RENARD, serait immanent *dans la nature humaine*, en ce sens que celle-ci possède une faculté propre à découvrir les principes premiers qui constituent la base commune et nécessaire de tout système de droit positif... L'image est immanente » (2). Pour lui donc, d'une part le droit naturel est transcendant, en tant qu'il a son fondement ultime dans la loi éternelle, d'autre part il est immanent en tant que connu par la raison, et il n'est immanent

(1) A l'observation que je présente ici répond la correction proposée par M. LE FUR, apportant sa distinction entre le droit naturel, qui correspond à la nature humaine, et le droit rationnel, qui correspond au travail effectué par la raison sur ce droit naturel: « Je suis tout à fait d'accord sur le fond avec M. G. RENARD, dit-il; mais, si l'on adopte ma terminologie, c'est plutôt le droit rationnel qui est à contenu progressif; le droit naturel, du moment qu'on en reconnaît un, ne peut être qu'un droit correspondant à la nature humaine; et la nature de l'homme, pas plus que celle des autres êtres, n'est pas progressive, sinon il n'y aurait plus rien de stable dans le monde. Le droit naturel, expression de la nature morale et sociale de l'homme, est donc invariable comme elle, et mieux vaut recourir à un autre terme pour désigner les applications de ce droit, seules sujettes à progresser ». (*La théorie du droit naturel depuis le XVIII^e siècle et la doctrine moderne*, p. 135, note 1.)

Cependant une différence subsiste entre l'idée de M. G. RENARD et celle de M. LE FUR: pour M. LE FUR, la progression du droit rationnel consiste en une adaptation du droit naturel aux circonstances par un effort de la raison. Pour M. RENARD, la progression consiste en un perfectionnement de la connaissance que nous avons du droit naturel, en une adaptation de notre raison à lui. Pour l'un (M. LE FUR), la progression *part* du droit naturel comme d'une base; pour l'autre (M. G. RENARD), elle *y tend* comme vers un phare.

(2) 8^e conférence, pp. 266 et 267.

qu'en tant que connu. La raison étant une faculté progressive, le droit naturel, en tant qu'immanent, est progressif.

L'enchaînement des idées est parfaitement logique; mais je crois qu'il est inexact de ne voir d'immanence du droit naturel que dans la raison qui connaît. Pour ma part, je crois que le droit naturel n'est pas immanent seulement en tant que connu, mais aussi en tant que fondé, dans les tendances profondes de la nature humaine. Alors son sort en tant qu'immanent, en tant qu'il est en nous, n'est plus lié à la raison progressive, il est lié à la nature humaine en son fonds, qui est fixe.

DEUXIÈME PARTIE

ESSAI DE SYNTHÈSE

CHAPITRE PREMIER

POSITION DU PROBLEME

38. Rappel des idées essentielles recueillies jusqu'ici. —
39. Position du problème : la recherche en commun de leur bien par les hommes; la nécessité du droit positif. —
40. Sens du terme « droit naturel » ; rapport du droit naturel avec les conditions d'existence de la société et avec le droit idéal.

38. — Dans les chapitres qui précèdent, j'ai examiné les doctrines enseignées par quelques maîtres éminents en ce qui concerne le fondement du droit et le droit naturel. Je les ai discutées en tant qu'elles m'ont paru ne pas exprimer le réel sous son aspect total, ou enfermer quelque difficulté interne. Mais dans chacune j'ai trouvé une lumière, une idée centrale d'où jaillissait un rayon intense et fécond qui plongeait dans les profondeurs de cet obscur problème.

C'était d'abord la solidarité de DUGUIT, cette loi qui lie les hommes à la vie sociale, et les oblige à mettre en commun une part de leur activité. Puis la règle morale de M. G. RIPERT, et cette idée que le droit naturel perd la plus grande partie de sa force s'il ne s'appuie sur un droit divin. Puis le caractère rationnel du droit, sur lequel insiste M. GÉNY. Puis le rôle essentiel des tendances profondes de la nature humaine dans la détermination du contenu du droit naturel, qu'enseigne HAURIUO, et son idée lumineuse de l'ordre social entreprise d'une civilisation. C'était enfin la finalité du bien commun, enseignée par M. LE FUR, M. DABIN et M. G. RENARD.

Il me reste maintenant à tenter une construction personnelle, qui pêchera assurément par d'autres côtés, mais qui me permettra d'intégrer dans une synthèse nouvelle ces vérités précédemment recueillies.

39. — Deux faits me serviront de point de départ :
1° Les hommes recherchent leur bonheur, leur bien;
2° Cette recherche exige d'eux un effort commun qui les met dans la dépendance les uns des autres (1).

(1) Ce point de départ est en somme celui de DUGUIT. Mais DUGUIT a insisté surtout sur l'interdépendance des hommes, sur la recherche en commun. C'est pourquoi il faut compléter son analyse, comme j'ai essayé de le montrer plus haut (n° 9), par l'analyse de ce bien humain qui est l'objet de la recherche. Ce complément d'analyse s'obtient par un appel à la doctrine d'HAURIUO sur les tendances essentielles de la nature humaine. En somme les deux faits que je prends pour base me paraissent également fondamentaux, les points de vue de DUGUIT et d'HAURIUO me paraissent également indispensables.

Le premier de ces faits apparaît comme une vérité de sens commun, mais, comme bien des vérités de sens commun, il nous jettera, dès que nous voudrons l'analyser, dans les plus amères difficultés.

C'est le second qu'il convient d'examiner tout d'abord, parce que c'est lui qui va nous conduire immédiatement à reconnaître la nécessité du droit positif, puis à nous poser, à propos de ce droit positif, le problème du droit naturel. Le problème une fois posé nous reviendrons au premier fait.

L'interdépendance des hommes est-elle un fait heureux ou malheureux, nous n'avons pas à l'examiner. Peut-être serait-il préférable pour moi que je sache à la fois tisser mes vêtements, cuire mon pain, construire ma maison, me défendre contre les voleurs, et creuser des problèmes de philosophie. Mais je ne suis pas capable de tout cela. Je dépends donc d'autrui.

Cette dépendance étant un fait que je n'ai pas à apprécier, la collaboration d'autrui à mon activité en est un autre qui m'est certainement profitable. La coopération des hommes est bonne et doit être organisée et développée (1).

(1) J'insiste sur cette idée: ce n'est pas la solidarité interdépendance qui est à développer; elle s'établit d'elle-même; mais c'est l'harmonieuse coopération dans l'effort, médaille dont la solidarité ne serait que le revers, si la charité fraternelle ne lui trouvait à elle aussi un sens. L'idéal serait que les hommes bénéficient de leur coopération sans être gênés par leur interdépendance. De l'avis d'HAURIU, le régime d'Etat est parvenu à une heureuse approximation de cet idéal: « A mon avis, il faut savoir gré au

Chacun a besoin d'autrui. Mais d'abord chacun a besoin qu'autrui ne soit pas un danger pour lui : l'interdépendance est d'abord celle du loup et de l'agneau. La première forme de la coopération est négative : elle consiste en ce que l'homme soit le moins possible « un loup pour l'homme ».

La seconde forme de la coopération est positive : elle consiste en une adaptation des vies individuelles les unes aux autres, pour le bien de toutes et de chacune, soit que les hommes déploient des activités complémentaires les unes des autres, ou des activités identiques qui s'additionnent.

Comment se réalise cette coadaptation des activités individuelles? En grande partie par leur propre jeu spontané : chaque travailleur choisit le métier de son goût, et la diversité des goûts est assez grande pour que, la loi de l'offre et de la demande aidant, tous les métiers nécessaires soient représentés; chaque capitaliste est mû par le désir individuel du gain, et l'union des capitaux crée une puissante industrie. Mais le libre jeu des intérêts individuels, quelque confiance qu'il ait pu inspirer à certains, ne suffit pas à harmoniser ces intérêts : il en est de trop manifestement

régime d'Etat... d'avoir replacé les individus exactement dans la situation relative où ils étaient les uns vis-à-vis des autres dans ce que Rousseau appelait l'état de nature, c'est-à-dire dans cet état où ils ne dépendaient que fort peu des autres hommes, et dépendaient surtout de la nature. Positivement, le régime d'Etat les a replacés dans cette situation, avec, en plus, les bénéfices de la civilisation et de l'ordre juridique ». *Principes de droit public*, p. 358.

opposés, et dont l'opposition ne peut être résolu par aucune force individuelle.

C'est qu'en effet il ne faut pas confondre équilibre et harmonie. Peut-être de simples rencontres en nombre infini d'intérêts individuels aboutiraient-elles à un équilibre, mais non pas à un équilibre harmonieux : ainsi la mer, après avoir roulé longuement les galets, les dépose sur la grève en équilibre; mais elle ne crée point en elle une harmonie. Il ne peut y avoir harmonie que là où il y a un principe d'unité.

Il faut donc que dans la vie sociale s'établisse une autorité régulatrice, qui agisse comme principe d'unité, et harmonise les activités individuelles (1).

Cette nécessité de la vie sociale et de l'harmonisation des vies individuelles est une nécessité de nature. Ce n'est pas une nécessité tout extérieure, dont l'homme s'apercevrait, pour ainsi dire, après coup, et dont la constatation l'amènerait à conclure un

(1) « Si donc la nature de l'homme veut qu'il vive en société, il est pareillement nécessaire qu'il y ait parmi les hommes de quoi gouverner la multitude. En effet, comme les hommes existent nombreux et que chacun pourvoit à ce qui lui convient, chacun irait de son côté, s'il n'y avait quelqu'un pour avoir soin du bien de la multitude. Ainsi le corps de l'homme, comme de n'importe quel animal, se désagrégerait, s'il n'y avait dans ce corps une certaine force directrice commune, ordonnée au bien commun de tous les membres. Cette considération inspire à Salomon la parole suivante dans les *Proverbes*, chapitre XI, verset 14: *Là où il n'y a pas de gouverneur, le peuple se dissout*. Il n'est pas étonnant qu'il en soit ainsi, car il n'y a pas d'identité entre l'intérêt propre et l'intérêt commun. Les intérêts propres divisent, tandis que l'intérêt commun unit. Aux effets différents répondent des causes différentes. Il faut donc, en plus de ce qui meut au bien propre de chacun, quelque chose qui meuve au bien commun de l'ensemble. » S. THOMAS D'AQUIN, *Du gouvernement royal*, liv. 1^{er}, ch. 1^{er}.

pacte. Il y a bien un pacte, en ce sens que l'homme consent au fait social, et aliène volontairement une part de sa volonté; mais ce pacte, c'est sa nature même d'homme qui l'amène à le conclure. Cette nécessité de la vie sociale s'accompagne d'une tendance profonde qui pousse l'homme à vivre en union avec ses semblables.

De ce que la société est un fait naturel, et de ce que la nécessité d'une norme sociale en découle immédiatement, nous pourrions déjà conclure que l'existence d'un droit positif est un principe premier du droit naturel.

Mais la question est maintenant de savoir si ce droit positif, conçu comme l'aménagement social de la coopération des hommes dans la poursuite de leurs fins, peut être entièrement différent suivant les différentes sociétés auxquelles il s'applique, ou s'il doit, au contraire, présenter certaines règles communes à tous les cas, s'imposant à la volonté du législateur. Tel est le problème du droit naturel.

40. — Il faut préciser cette notion de droit naturel, avant de rechercher si une réalité lui correspond.

Tout d'abord, on emploie, au sens large, l'expression « droit naturel » à propos d'une règle objective quelconque s'imposant au respect du législateur. On peut concevoir une telle règle par exemple comme une loi divine, venant directement d'un monde surnaturel, ou encore comme un impératif catégorique

d'origine morale, se posant de lui-même. Je crois, ainsi que je l'ai déjà signalé (1), que pour respecter la propriété des termes, il convient de ne considérer comme droit naturel que la règle juridique qui a son fondement dans la nature, soit de l'homme, soit des choses.

En second lieu, il faut remarquer que, lorsqu'on se pose la question de savoir s'il y a des règles obligatoirement communes à tous les cas d'organisation sociale, on ne peut manquer, si l'on se place au point de vue scientifique, de répondre oui. Car la vie sociale, comme toute organisation même matérielle, présente un système de conditions d'existence; et par conséquent toute société que nous voyons exister et fonctionner répond à ces conditions, qui lui sont communes avec toutes les autres sociétés. Ces conditions sont, par exemple, qu'il y ait une autorité, que l'ordre soit maintenu, etc... (2). Est-ce là le droit naturel?

C'en est sans doute une partie. Mais, si l'on peut dire, c'est là un droit naturel de fait, et non de droit; ce sont les règles que la société ne *peut* pas transgresser sans se détruire, ce ne sont pas celles qu'elle ne *doit* pas transgresser. Or toutes les fois qu'on parle de droit naturel, on entend un ensemble de règles qui s'imposent comme des normes, non comme des nécessités de fait. Une société peut violer une règle de

(1) 1^{re} partie, ch. II, n° 16.

(2) Ces conditions d'existence de la société correspondent en somme aux règles nécessaires au maintien du lien social de DUGUIT, mais douées d'une valeur objective.

droit naturel sans cesser pour cela d'exister. Le droit naturel n'est pas un système de conditions d'existence.

Tout être répond à une définition et réalise un type; mais il peut répondre à sa définition sans réaliser pleinement son type. Ainsi l'enfant qui vient de naître est un homme, mais on ne peut pas dire qu'il réalise pleinement le type de l'homme. Ainsi les hommes présentent entre eux des différences de caractère, de culture intellectuelle et morale, qui font dire de l'un qu'il est véritablement homme, de l'autre qu'il est à peine un homme (1). De même une société peut répondre aux conditions élémentaires de la vie sociale, et ne pas répondre au type normal, naturel, de la société.

Si le droit naturel ne se résoud pas en de simples conditions d'existence de la vie sociale, mais implique des règles normatives tendant à la réalisation d'un type, ne devons-nous pas dire qu'il est un droit idéal (2)?

Certes le droit naturel participe de la nature de l'idéal, puisque sa réalisation est souhaitable, mais non fatale; mais il n'est pas un droit idéal.

(1) Ainsi encore, le chef se définit un homme investi d'une autorité, manifestée par des signes extérieurs, tels que des galons. Mais il faut autre chose pour qu'on dise d'un officier: c'est un chef.

(2) En entendant ici droit idéal au sens ordinaire de ce mot, c'est-à-dire au sens d'ensemble de principes auxquels la pratique juridique doit, pour être la meilleure possible, se conformer, et non au sens de droit existant seulement à titre de conception dans des esprits humains, sens auquel M. JÈZE et M. R. CAPITANT emploient ce mot. V. 1^{re} partie, ch. 1^{er}, n° 4.

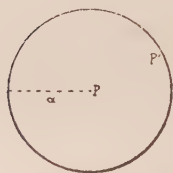
Personne ne songe plus actuellement à affirmer l'existence d'un droit idéal absolu, système juridique complet, qui serait le meilleur pour tous les temps et pour tous les pays.

Pour tel temps et tel pays, existe-t-il un droit idéal? Cela peut se soutenir. Peut-être parmi l'infinité des arrangements que pourraient présenter nos formes juridiques, en est-il un qui serait meilleur que tous les autres. Mais pour connaître à coup sûr cet arrangement idéal, il faudrait connaître d'une connaissance certaine toutes les conditions concrètes de la vie sociale, tout le « *donné réel* », et aussi toutes les répercussions que pourraient avoir, sur ce donné, les formes juridiques adoptées. Cette connaissance, qui exigerait notamment une pénétration parfaite de la psychologie humaine, nos législateurs ne l'ont pas. Sans parler de l'impossibilité philosophique d'une connaissance rationnelle, scientifique, de l'individuel : c'est la grandeur de l'esprit humain que sa connaissance du général, mais c'est sa misère qu'il n'y ait pour lui de science que du général. La connaissance du droit idéal pour tel temps et tel lieu, s'il existe, est donc le privilège de Dieu.

Le droit naturel n'est ni ce droit idéal absolu, qui n'existe pas, ni ce droit idéal relatif, qui n'est bon que pour tel pays et tel lieu, et que, d'ailleurs, nous ne pouvons connaître. Mais il est ce droit idéal relatif, après élimination de tout ce qui répond aux exigences du temps et du lieu, un ensemble de formules très générales, qui ne constituent pas un système juri-

dique complet, mais dont tout système juridique doit être fonction. Ainsi le droit naturel, par son indétermination partielle, échappe à la fois à l'impossibilité du droit idéal absolu, et à l'inconnaissabilité du droit idéal relatif (1).

(1) Le droit idéal pour tel temps et tel pays est fonction à la fois du droit naturel et du donné. Mais, le donné ne nous étant



connu que par approximation, le problème est indéterminé pour nous. Il laisse donc place à une infinité de solutions qui toutes sont approchées; de même que, si nous ne pouvons atteindre le point P qu'avec l'approximation α nous disposerons d'une infinité de solutions, contenues dans le cercle P', qui, pour nous, seront d'égales valeurs. Ainsi le législateur a le choix entre une multitude d'ar-

rangements, qui tous respectent le droit naturel, et qui ne diffèrent que par l'appréciation qu'ils supposent des conditions du donné. L'idée sur laquelle je veux insister ici, après tous les juristes modernes, c'est, d'une part, que le droit naturel n'est pas un droit tout fait, mais un simple canevas, sur lequel le législateur doit broder, d'autre part que la diversité de la broderie provient à la fois des besoins particuliers du pays et du temps, et, pour un même pays et un même temps, des différences très légères d'appréciation des données concrètes.

CHAPITRE II

LE DROIT NATUREL CONSIDÉRÉ DANS SES RAPPORTS AVEC LA NATURE HUMAINE

I

« Théorie de la vraie civilisation. Elle n'est pas dans le gaz, ni dans la vapeur, ni dans les tables tournantes. Elle est dans la diminution des traces du péché originel ».

Charles BAUDELAIRE

41. La fixité des normes juridiques essentielles subordonnée à la fixité du bien humain. — 42. La fixité du bien humain. — 43. Moralité et bien humain. — 44. L'action du droit sur la moralité. — 45. Le bien humain : l'homme animal raisonnable.

41. — Le sens du terme éclairci, revenons au problème précédemment posé.

Nous avons considéré l'existence d'un droit positif comme un phénomène naturel et nécessaire, et nous nous sommes demandés si, au centre des normes de ce droit positif, quelque chose de constant est exigé, comme normal, par la nature.

Je voudrais montrer tout d'abord que, si la nature humaine détermine une formule fixe du bonheur, du bien humain, le droit devra contenir quelque chose de fixe, en raison de son ordination à ce bien humain à formule fixe. J'essayerai de montrer ensuite que la nature humaine détermine bien une formule fixe du bien humain, puis quelle est cette formule.

La première démonstration ne me paraît pas soulever de graves difficultés. On peut bien objecter que le même besoin peut parfois se satisfaire de façon extrêmement différente : ainsi, pour prendre un exemple dans la vie courante, le besoin humain de se nourrir peut se satisfaire aussi bien avec du pain qu'avec de la viande; or le froment et le bœuf n'ont, en eux-mêmes, rien de commun. Ce rapport qu'ils ont tous deux avec l'homme, qui est de pouvoir lui servir de nourriture, ne les fait en rien identiques l'un à l'autre (même au point de vue alimentaire, ils contiennent des composés chimiques très différents). N'en serait-il pas de même des systèmes juridiques? Des systèmes juridiques n'ayant entre eux aucun élément constitutif commun ne pourraient-ils pas cependant être proportionnés, par un rapport tout extérieur à eux, à la satisfaction des besoins humains auxquels la vie sociale est ordonnée? En ce cas, malgré la fixité

du bien humain admise par hypothèse, l'organisation juridique, ordonnée à ce bien comme le moyen à la fin, ne participerait cependant pas de sa fixité.

Il est facile de voir que l'objection ne porte pas. Car un système juridique, non seulement est ordonné à la satisfaction des besoins humains, mais encore est construit avec des matériaux humains. La nature humaine est en jeu dans les deux termes de la proportion. Si donc la nature humaine est fixe, les matériaux sont donnés, et la façon de les arranger sera déterminée par le bien humain auquel ils doivent servir.

42. — Que la nature humaine soit fixe, je crois qu'on peut, avec HAURIU, admettre que cela est démontré par la fixité même de l'espèce. La question est donc de savoir si cette nature détermine une formule fixe du bien humain. En ce cas le droit naturel existe (1).

Ici s'élève une difficulté grave (2) : le bien, dit

(1) Ce chapitre traitera plus du fondement de la morale que du fondement du droit. Mais c'est que le fondement du droit est essentiellement dépendant, on le voit, du fondement de la morale.

(2) Suivre la nature : est-il, à travers l'histoire de la philosophie, une formule plus décevante ? Et en est-il une qui prête davantage à l'ironie ? « Comment est-il possible de distinguer ce qui est naturel de ce qui ne l'est pas ? Connait-on assez l'universelle Isis pour discerner ce qui la seconde de ce qui la contrarie ? Mais disons mieux : rien ne la contrarie et tout la seconde, puisque rien n'existe qui n'entre dans le jeu de ses organes et qui ne suive les attitudes innombrables de son corps. D'où viendraient, je vous prie, des ennemis pour l'offenser ? Rien n'agit ni contre elle ni hors d'elle,

ARISTOTE, est ce que tous désirent. Et nous avons nous-mêmes accepté dès le début cette définition; nous avons posé comme fait premier cette recherche spontanée du bonheur, du bien, par les hommes. Or que recherchent les hommes? N'est-ce pas la satisfaction, la joie, le plaisir, c'est-à-dire un bien qui n'a d'unité que dans l'impression sensible, mais qui, par son objet, est infiniment divers? L'un cherche sa satisfaction dans une chose, l'autre dans une autre, ce qui est agréable à l'un est désagréable à l'autre, il n'y a pas de formule fixe.

A cette objection il faut répondre tout d'abord que le plaisir est nécessairement le plaisir de quelque chose : « L'hédonisme, ou morale du plaisir... est un renversement des fins et des valeurs d'être; puisque l'homme de cette doctrine, au lieu d'être content d'être quelqu'un ou quelque chose, d'avoir fait un travail, réalisé un *bien*, est content simplement d'être content, content de jouir, et que c'est là, pour lui, le

et les forces qui semblent la combattre ne sont que des mouvements de sa propre vie. »

« Les ignorants seuls sont assez assurés pour décider si une action est naturelle ou non. Mais entrons un moment dans leur illusion et dans leur préjugé et feignons de reconnaître qu'on peut commettre des actes contre nature. Ces actes en seront-ils pour cela mauvais et condamnables? Je m'en attends sur ce point à l'opinion vulgaire des moralistes qui représentent la vertu comme un effort sur les instincts, comme une entreprise sur les inclinations que nous portons en nous, comme une lutte enfin avec l'homme originel. De leur propre aveu, la vertu est contre nature, et ils ne peuvent dès lors condamner une action, quelle qu'elle soit, pour ce qu'elle a de commun avec la vertu. » ANATOLE FRANCE, *La rôtisserie de la Reine Pédauque*, Paris, éd. Calmann-Lévy, 1921, p. 140.

dernier mot. Ce qui veut dire, évidemment, que son activité n'a pas d'*objet*; car jouir, ce n'est pas un objet, tout au moins à titre premier, c'est le repos dans un objet » (1).

C'est donc le bien *réalisation* qui est premier, le bien qui consiste à être quelqu'un, à faire quelque chose, et c'est lui qui est la source du bien *satisfaction*. L'hédonisme à l'état absolument pur ne peut pas exister (2).

Mais en disant cela, nous avons laissé la difficulté entière. Nous l'avons même aggravée. Car, tant que nous disions : l'homme désire son plaisir, sa satisfaction, il y avait au moins une unité apparente dans le bien poursuivi. Mais si nous disons : l'homme désire non pas premièrement le plaisir, mais la chose même qui lui fait plaisir, la diversité des biens recherchés apparaît plus manifeste encore.

Poursuivons cependant notre analyse. Quelles sont les choses qui sont susceptibles de procurer à l'homme une satisfaction? Ce sont les choses qui lui conviennent, qui s'accordent avec ce qu'il est : le plaisir est

(1) SERTILLANGES. *Saint Thomas d'Aquin*, II, p. 322.

(2) Ceci dit, le plaisir est réellement un bien. La joie est l'accompagnement normal de l'activité qu'un être exerce selon sa nature. En tant que l'activité qu'elle accompagne est bonne, la joie est bonne. « La loi d'un être ne peut pas se retourner contre lui. » SERTILLANGES, *op. cit.*, II, p. 294. — « Tout ce qui est contraire à l'ordre naturel est vicieux; or, la nature a attaché la délectation aux opérations nécessaires à la vie humaine; l'ordre naturel requiert donc que l'homme use de ces délectations dans la mesure nécessaire au bien humain, qu'il s'agisse du bien de l'individu ou de celui de l'espèce. » S. THOMAS, *Sum. theol.*, IIa IIæ, q. CXLII, art. 2.

l'accompagnement normal de l'activité qu'un être exerce dans le sens de ses tendances naturelles. Ici nous paraissions être tombés en pleine contradiction: d'une part nous croyons que la nature de l'homme est fixe, que ses tendances naturelles sont fixes, que le plaisir est l'accompagnement normal de l'activité qu'elles dirigent; d'autre part, nous voyons qu'en fait l'homme ne trouve pas toujours son plaisir dans les mêmes choses. Il semble bien y avoir contradiction, et cependant les deux bouts de la chaîne paraissent solides.

Pour lever cette contradiction, il faut dire que Dieu seul est le bien absolu, qui convient parfaitement et sous tous les rapports à l'homme, et peut seul lui donner la béatitude parfaite. Tout bien existant en ce monde est imparfait, et ne convient à l'homme sous certains rapports, qu'en lui disconvenant sous d'autres rapports : la médecine qui doit guérir le malade lui est désagréable à boire; l'alcool qui est agréable à boire est mauvais à la santé.

D'autre part dans l'homme il n'y a pas seulement la nature humaine : il y a aussi les dispositions actuelles de l'intelligence et du cœur, dispositions qui relèvent des habitudes acquises, et se créent à chaque instant dans le mystère de l'acte libre. Ces dispositions font que l'homme voit tel bien sous le rapport où il lui convient, ou sous le rapport où il ne lui convient pas, que tel mal insignifiant lui dissimule tel bien, ou que tel bien partiel lui cache tel mal. Une feuille de peuplier peut cacher le soleil (1). Il en ré-

(1) Cf. SERTILLANGES, *Op. cit.*, p. 279.

sulte que l'homme peut choisir une chose dans laquelle il y a en définitive pour lui plus de mal que de bien. Il en résulte également que l'homme peut trouver du plaisir dans un acte qui, au total, ne lui convient pas : c'est que cet acte contient pour lui un bien partiel qui cause le plaisir, alors que le mal qu'il contient peut ne pas se révéler tout de suite, peut même ne se révéler que dans une autre vie; car si nos actes nous suivent, ils ne déroulent pas toujours leurs conséquences tout de suite.

43. — Ce raisonnement nous permet de conclure que, si les hommes poursuivent parfois en fait des plaisirs opposés, il peut cependant exister une formule d'un bien humain objectif. Avant de rechercher le contenu de cette formule, voyons quels seront les rapports de la moralité avec ce bien objectif, et quelle est la nature de l'aide que le droit apporte à la moralité.

Qu'est-ce que la moralité? L'homme, disons-nous, se trouve en présence de biens imparfaits, qui s'accordent plus ou moins avec sa nature d'homme. Le choix qu'il fera des biens qui correspondent le mieux à sa nature d'homme perfectionnera cette nature, lui apportera un achèvement, un plein développement dans son ordre.

Ici il faut distinguer entre le point de vue matériel et le point de vue formel dans la moralité. Au point de vue matériel, la moralité consiste dans la réali-

sation effective de ce perfectionnement de l'être humain, de ce progrès dans l'achèvement de sa nature, de son être d'homme en tant qu'homme. Au point de vue formel, la moralité consiste dans l'intention de suivre sa loi d'homme, cette loi de perfectionnement de la nature humaine, dans « le don que nous faisons de nous-mêmes au bien ou au mal » (1). Or, on peut lutter toute une vie contre des dispositions mauvaises, contre une hérédité fâcheuse, contre les résultats d'une mauvaise éducation, et ne pas parvenir à se refaire dans son être profond. Si le sujet désavoue et combat ses tendances mauvaises, il agit moralement, mais il peut en souffrir toute sa vie, parce qu'il n'aboutit pas à cet achèvement de son être, qui serait pour lui la source du bonheur. Imaginons au contraire un homme qui soit parvenu à cette perfection de son être, un homme dont la volonté soit parfaitement rectifiée à l'égard du bien, il pourra souffrir de souffrances extérieures, mais l'équilibre intérieur de sa sagesse ne lui procurera que de la joie (2).

En résumé, lorsque nous étudions le fondement de la morale, nous avons à considérer d'abord le bien humain, achèvement de la personnalité humaine. Autour de cette notion centrale se situent, d'une part la notion de bien moral, de volonté droite orientée vers la réalisation de ce bien, d'autre part la joie, la satis-

(1) SERTILLANGES, *Op. cit.*, II, p. 310.

(2) Pour le chrétien, dit MAURIAC, reprenant une parole de Léon BLOY, il n'y a pas d'autre souffrance que celle de ne pas être un saint. *Bonheur du chrétien*, nouvelle revue française, 1^{er} avril 1929, p. 472.

faction que l'homme trouve dans son idéal réalisé : « L'homme est fait pour le développement total, individuel et collectif, de son être, tel que le Créateur l'a conçu. Là est sa joie en même temps que son devoir » (1).

44. — Revenons maintenant au droit. Le droit, avons-nous dit, doit contribuer au bien de l'homme. Ce bien que le droit doit procurer, ce n'est pas la moralité formelle, l'intention droite de suivre sa loi d'homme. Mais c'est la moralité matérielle, c'est cet achèvement de la personnalité humaine qui est le but vers lequel l'homme doit tendre. Ce but, en effet, nous l'avons vu, est d'autant mieux atteint que les dispositions de l'être sur lesquelles s'appuie la volonté droite sont meilleures. Un homme qui a reçu une bonne éducation arrivera, avec une intention droite, à un niveau de moralité plus élevé qu'un homme qui aura la même intention droite mais qui aura reçu une mauvaise éducation. Il en sera de même pour l'homme vivant dans un milieu moralement sain par rapport à l'homme qui vit dans un milieu dépravé. Et la misère matérielle aussi jouera son rôle, car un homme qui ne jouit pas d'un certain niveau de vie matérielle se trouve plus facilement jeté dans l'immoralité.

La vie sociale ne rendra donc pas l'homme plus méritant, car le mérite se mesure à l'intention droite,

(1) SERTILLANGES, *Op. cit.*, II, p. 324.

mais elle le rendra cependant meilleur, en ce sens qu'elle facilitera, si l'on peut dire, la « réussite » de la moralité (1).

Et en le rendant meilleur elle le rendra plus heureux, car la joie intérieure consiste en l'accord de la moralité matérielle et de la moralité formelle, accord qui seul peut supprimer la lutte intérieure. Cet accord n'est jamais réalisé en ce monde; il l'est dans l'autre, lorsque le mérite de la lutte se transforme en plénitude de réalisation.

45. — L'homme a donc un bien authentique, une formule adéquate de perfectionnement, un acheminement déterminé vers la joie du parfait équilibre intérieur. Il s'agit maintenant de savoir quel est ce bien, quelle est cette formule.

Le bien d'un être est ce qui convient à sa nature, ce qui doit procurer à cette nature son plein achèvement. Par conséquent pour déterminer le bien d'un être, c'est à sa nature qu'il faut regarder.

(1) Que les lois tendent à faciliter la réussite de la moralité, cela est évident pour les lois sociales; mais cela apparaît aussi pour toutes les autres lois. Prenons par exemple les lois sur les sociétés par actions. Si imparfaites qu'elles soient, elles tendent à créer une organisation saine pour servir de base aux activités individuelles, donc à orienter ces activités dans un sens favorable à la moralité. Si ces lois n'existaient pas, les dirigeants des sociétés ne seraient pas des hommes intentionnellement moins vertueux, mais ils seraient plus tentés soit de dissimuler aux tiers intéressés le véritable aspect de leur affaire, soit de se livrer à des entreprises hasardeuses pour les actionnaires, etc. Et l'atmosphère générale du commerce et de l'industrie en serait viciée.

Qu'est-ce que l'homme? C'est un animal doué de raison. C'est dire qu'il a des tendances qui lui sont communes avec tous les êtres, essentiellement celle de se conserver dans l'existence, des tendances qui lui sont communes avec tous les animaux, enfin des tendances qui lui sont propres, qui tiennent à sa nature douée de raison (1).

En quoi consiste cette raison qui fait la dignité de l'homme? C'est la faculté de tirer de la connaissance sensible la donnée intelligible qui y est contenue, c'est la faculté de rechercher la raison d'être des choses.

Qu'est-ce donc que le bonheur de l'homme, sa béatitude, ce qui est capable de rassasier pleinement le désir profond de sa nature? Puisque sa nature est essentiellement rationnelle, l'essence de cette béatitude sera dans une opération de l'intelligence, dans la connaissance d'un objet assez ample pour remplir la capacité de cette intelligence. Or cette intelligence est capable d'un objet infini, qui est Dieu. Donc l'essence de la béatitude humaine est dans la connaissance de Dieu (2).

(1) *Inest primo inclinatio homini ad bonum secundum naturam in qua communicat cum omnibus substantiis, prout scilicet quælibet substantia appetit conservationem sui esse secundum suam naturam. Secundo inest homini inclinatio ad aliqua magis specialia secundum naturam, in qua communicat cum cæteris animalibus. Tertio inest homini inclinatio ad bonum secundum naturam rationis quæ est sibi propria; sicut homo habet naturalem inclinationem ad hoc quod veritatem cognoscat de Deo et ad hoc quod in societate vivat.* » S. THOMAS, *Sum. theol.*, Ia IIæ, q. xciv, art. 2.

(2) *Finis ultimus aterialis humanæ naturæ sicut beatitudo obiectiva hominis est id quod revera constituit summum hominis bonum, capax perfecte satiandi ejus desiderium seu explendi am-*

Mais l'homme n'est pas seulement intelligence, il est aussi volonté, et il est aussi sensibilité et corps. La béatitude humaine dans sa complexité totale enfermera donc la satisfaction de toutes les tendances qui sont en lui. Mais la racine fondamentale de cette béatitude totale sera dans la connaissance de Dieu (1). Pour l'homme en ce monde, qui ne peut d'ailleurs que d'une manière imparfaite atteindre sa béatitude, cela signifie qu'il ne parvient au plein équilibre de sa nature, à la satisfaction des aspirations profondes de son être, que par la connaissance et l'amour de Dieu (2).

La principale objection que soulève cette conception du bien humain est la suivante : si l'homme était

plitudinem appetitus ejus. GREDT, O.S.B., Elementa philosophiæ aristotelico-thomisticæ. Fribourg-en-Brisgau, 1926, t. II, p. 308.

Intellectus et voluntas humana sunt capacitatis infinitæ. Quo non dicitur ea ordinari ad actum infinitum, ut habeant actum infinitum, quod est impossibile, sed ad objectum infinitum finito modo apprehendendum. Intellectus et voluntas sunt infinita ob-jective, non subjective. Intellectus ordinatur ad apprehensivam, non vero ad comprehensivam Dei cognitionem, et voluntas fertur in Deum prout est apprehensiva cognitus. (Loc. cit., p. 311.)

Une seule pensée de l'homme vaut le monde entier, c'est pour-quoi Dieu seul en est digne. S. JEAN DE LA CROIX, *Sentences et avis spirituels*, texte de l'autographe d'Andujar, n° 32.

(1) ... *Status, qui sequitur adeptionem boni infiniti, qui involvit præter possessionem summi boni seu præter beatitudinem essentialem alia bona, quæ necessario ex possessione summi boni tanquam ex radice profluunt. GREDT, op. cit., t. II, p. 314.*

Hæc fructio et quies deberet etiam redundare in appetitum sensitivum, si supponitur corpus conjunctum animæ. (P. 315.)

(2) *Attingi... potest in hac vita beatitudo imperfecta, quæ in cognitione et amore Dei consistit et in operatione virtutis, ad quam tamen requiruntur quasi instrumentaliter etiam bona corporis et aliorum hominum auxilium. (P. 318.)*

un animal raisonnable, il agirait toujours raisonnablement. Or nous voyons qu'il n'agit pas toujours raisonnablement. Donc il n'est pas un animal raisonnable.

Il faut répondre que l'homme n'est pas un animal raisonnable, mais un animal doué de raison; il est doué d'un instrument dont il peut se servir ou ne pas se servir, et cette faculté de se servir ou de ne pas se servir de cet instrument lui est donnée par sa nature en même temps que l'instrument lui-même. L'homme est, par nature, orienté à être parfaitement raisonnable, mais, par nature aussi, il a la faculté de ne pas l'être. La nature de l'homme, fixe dans sa définition, inclut cependant dans cette définition le pouvoir de ne pas développer tout ce que cette définition appelle.

II

46. Les états de la nature humaine au point de vue théologique. — 47. Le droit de l'homme parfait et le droit de l'homme tel qu'il est. — 48. Les variations possibles du droit naturel.

46. — Nous sommes arrivés à la conception d'une nature humaine déterminée quant à son essence, — et comme telle commandant une formule déterminée du bonheur humain, — mais non point déterminée quant à la réalisation plus ou moins accomplie de cette essence.

Ces différences de degré de perfection du type humain, nous allons les voir se manifester dans les différents états de la nature humaine, conception théologique capable, je crois, de jeter une vive lumière sur certains aspects du droit naturel.

Les théologiens distinguent cinq états de l'homme, soit réels, soit hypothétiques, qui sont : l'état de nature pure, l'état de nature intègre, l'état de justice originelle, l'état de chute ou de déchéance, enfin l'état de réparation, qui est l'état actuel, l'état de grâce.

L'état de nature pure est l'état dans lequel l'homme a toutes les qualités propres à sa nature, mais sans aucun secours surajouté. Capable de s'élever à la vérité, mais en risquant l'erreur, capable de faire le bien, mais par un effort persévérant non toujours couronné de succès, il a en lui tous les éléments qui entrent dans l'organisation de la vie morale, mais dans un état d'indétermination qui peut dégénérer en anarchie aussi bien que se développer harmonieusement.

Dans cet état l'homme tend vers un équilibre. Si nous supposons cet équilibre réalisé dès le point de départ, nous avons l'état de nature intègre. L'homme, dans cet état, réalise le type humain accompli. Son intelligence est pleinement développée; sa volonté est pleinement rectifiée à l'égard du bien.

La théologie enseigne que ces deux états sont hypothétiques. Les états de la nature humaine qui ont été ou sont réalisés se définissent non seulement au point

de vue de la situation naturelle de l'homme, mais aussi au point de vue de sa situation surnaturelle.

L'état de justice originelle, celui dans lequel se trouvaient Adam et Eve au Paradis terrestre, résulte de l'addition de deux états, l'état de nature intègre et l'état de grâce sanctifiante.

La déchéance a fait perdre à l'homme à la fois l'« intégrité » de sa nature, et la grâce sanctifiante. L'état de déchéance équivaut donc à peu près à l'état de nature pure, avec cette différence que l'homme, comme au réveil d'une nuit dans laquelle un splendide mirage a hanté l'imagination, se retrouve un peu au-dessous de ce qu'il aurait été dans l'état de nature pure.

La rédemption a rendu à l'homme la grâce. L'état de nature réparée est donc constitué par l'état de grâce conjugué avec un état un peu inférieur à l'état de nature pure. L'homme reste ce qu'il était au point de vue de la nature, dans l'état de déchéance, mais la grâce acceptée et utilisée par lui peut lui faire reconquérir partiellement la perfection surnaturelle.

Il faut remarquer tout d'abord que, si l'homme est déchu, c'est par rapport à l'état de justice originelle, qui était un don gratuit de Dieu. L'homme n'est pas frappé d'une déchéance morbide, il n'est pas dans un état anormal, il est retombé seulement à un état naturel (1). L'état de déchéance est, suivant BELLARMIN,

(1) *Verum hi omnes dicendi modi* (les thèses qui voient dans le péché originel quelque chose de positif) *manent confutati ex dictis de peccato originali a. 5; ibi enim reposuimus essentiam peccati*

par rapport à l'état de nature pure, comme l'état d'un homme dépouillé par rapport à l'état d'un homme nu.

Mais enfin, il a existé un état supérieur et, par conséquent, par rapport à cet état supérieur, l'homme est bien déchu.

Au point de vue de la doctrine du droit naturel, les deux états qui nous intéressent sont les deux états naturels, l'état de nature pure, et l'état de nature intégrale. Cependant il faut remarquer que la grâce modifie la nature. Nous devons donc tenir compte de ces modifications même lorsque nous nous plaçons au point de vue purement naturel, puisqu'en fait, dans l'état actuel de l'homme aussi bien que dans son état premier, l'état naturel est sous-jacent à un état de grâce. En particulier la grâce accordée à l'homme dans l'état de réparation a infusé à la nature humaine une force qui lui permet de tendre vers l'état supérieur. La nature humaine donc, telle qu'elle est actuellement, n'est pas réalisée dans son « intégrité », mais doit tendre à réaliser cette intégrité, par le moyen de la grâce.

originalis in privatione justitiæ originalis quæ omnes potentias subordinatas continebat et earum deordinationem prohibebat; ex remotione autem prohibentis, nihil aliud reale positivum sequitur quam quod ex principiis intrinsicis sequi natum est, consequenter non morbida qualitas, non adventitiis habitus positivus, non intentio potentiarum superaddita, non alteratio corporis pejor quam in puris naturalibus. BILLUART, *Cursus theologicus juxta mentem div. Thomæ*, t. III, *Tractatus de gratia, Dissertatio II*, art. 3, p. 297.

47. — Une question se pose donc (1) : le droit naturel doit-il être le droit de la nature pure, ou le droit de la nature intègre? Nous avons dit plus haut (2) que le droit naturel, sans être un droit idéal, participe de la nature du droit idéal : lorsque nous parlons de droit idéal, s'agit-il du droit applicable à l'homme idéal, ou du droit idéal applicable à l'homme tel qu'il est?

Le droit naturel doit être le droit de l'homme tel qu'il est. Car si le progrès de la civilisation nous oriente dans la direction du Paradis terrestre, c'est de très loin, et il ne nous y conduit pas.

Cependant nous regardons de ce côté et nous pouvons faire quelques pas dans ce sens. Il faudra donc reconnaître une certaine possibilité de variation du droit naturel. Si une civilisation particulièrement avancée se rapproche quelque peu par « la diminution des traces du péché originel » de l'état d'inté-

(1) M. G. RENARD, après avoir exposé la doctrine catholique du péché originel, et rappelé que la déchéance se limite « à la privation d'un surcroît *gratuitement* accordé par le Créateur au premier homme », et que par conséquent « la nature humaine reste entière », en conclut : « *en soi*, la question du droit naturel n'est donc pas intéressée par la déchéance originelle ». (*Le droit, l'ordre et la raison*, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, 3^e série, Paris, Sirey, 1927, pp. 372 et 373.) Je crois, au contraire, que la question du droit naturel est intéressée par la doctrine de la déchéance originelle. Peu importe en effet à ce point de vue que la déchéance ait eu lieu du niveau normal à un niveau inférieur, ou bien, comme l'enseigne la doctrine catholique, d'un niveau supérieur au niveau normal; la différence n'en existe pas moins.

(2) 2^e partie, ch. 1^{er}, n^o 40.

grité, son droit naturel se rapprochera davantage du droit qui conviendrait à cet état (1).

Mais surtout le droit de la nature intègre exercera sur les hommes une éternelle attirance, source principale des utopies.

Les doctrines communistes peuvent être regardées comme un exemple de cette attirance : Saint AUGUSTIN estime que dans une société où régnerait la justice, où seraient inconnus le péché et la convoitise, tout serait à tous. Cet idéal sera réalisé dans la cité de Dieu, mais dans la cité terrestre, la propriété privée est conforme à l'ordre actuel, accommodé au péché. De même pour GRATIEN la propriété privée n'est pas primitive; son institution date du péché. On trouve des idées analogues dans RUFIN, et dans saint BONAVENTURE (2). Saint THOMAS enseigne que le droit naturel dans sa toute première intention, ne dicte ni la distinction, ni l'indistinction des biens (3); mais dans l'état d'innocence, les volontés bien ordonnées auraient usé des choses en commun, sans crainte de désaccord ni de confusion (4). De ces doctrines théologiques, il résulte que la communauté des biens aurait été, soit le régime normal, soit tout au moins

(1) Au contraire, une civilisation inférieure aura un droit naturel moins pleinement humain. Ainsi le divorce a pu être permis « *propter duritiam cordis* ». Le droit doit toujours se tenir un peu au-dessus du niveau des mœurs, assez pour indiquer la direction du progrès.

(2) Cf. B. ROLAND-GOSSELIN, *La doctrine politique de saint Thomas d'Aquin*, pp. 151 et suiv.

(3) *Sum. theol.*, IIa IIæ, q. xciv, art. 5, *ad 3 um*.

(4) B. ROLAND-GOSSELIN, *op. cit.*, pp. 156 et 157.

un régime pratiquement possible, dans l'état de nature intègre.

La propriété privée est donc un aménagement social des biens en partie justifié par une raison de protection de l'homme contre l'homme dans cet état où l'homme est, dans une certaine mesure tout au moins, un loup pour l'homme; elle est une source de prospérité dans cet état où l'homme travaille mieux quand il travaille pour lui-même que quand il travaille pour autrui. Il est frappant seulement de remarquer que le régime de la propriété individuelle est supprimée dans les communautés religieuses qui précisément entendent faire de cette suppression un des éléments de l'état de perfection (1).

Une autre conséquence de ce dédoublement du droit naturel en droit naturel (tout théorique) de l'état de nature intègre, et droit naturel de l'état de nature pure est la suivante : Si nous parlons du premier, peut-être pourrions-nous essayer de déduire les droits naturels de l'« éminente dignité de la nature humaine ». Mais il est bien évident qu'il n'en sera pas de même s'il s'agit du droit de la nature déchue. Car

(1) Il n'y a d'ailleurs, dans cette suppression de la propriété individuelle, qu'un aspect dérivé de l'idéal que représente le vœu de pauvreté, qu'une conséquence ou un mode de réalisation de cette pauvreté elle-même, dont le but est de libérer l'âme des sollicitudes terrestres: « *Paupertas igitur talis laudabilis est quum homo a sollicitudinibus terrenis liberatus, liberius divinis et spiritualibus vacat* ». S. THOMAS, C. Gentes, liv. III, ch. cxxxiii. « *Ex hoc igitur quod mens hominis amore et desiderio ferventer in divina fertur, in quo perfectionem constare manifestum est, consequitur quod omnia quæ ipsum possunt retardare quominus fertur in Deum abjiciat...* » Ibid., ch. cxxx.

alors il faudra tenir compte, non seulement de l'éminente dignité (qui subsiste pourtant quoique diminuée), mais aussi des déficiences de la nature humaine : le mal « *fit in pluribus* », dit saint THOMAS. Le régime de la propriété privée peut être considéré, sous un certain aspect, nous venons de le voir, comme un de ces droits exigés par les déficiences de la nature humaine (1). Il en faudrait dire autant de bien des libertés. Comment justifier, par exemple, la liberté de pensée? L'affirmation que chacun est, en vertu de la dignité de la personne humaine, libre de penser ce qu'il veut, est un pur sophisme pour tous ceux qui ne sont pas d'absolus sceptiques. S'il y a une vérité et une erreur, l'erreur n'a pas les mêmes droits que la vérité. Mais la liberté de pensée est la sauvegarde de la bonne foi; elle est un droit qui tient compte d'une déficience humaine, la possibilité de l'erreur, et qui tend, non à donner à ce mal, l'erreur, les droits du bien, mais à sauver ce bien, la bonne foi, qui y est mêlé. S'il y a une vérité et une erreur, dans une société où, par hypothèse, tous seraient en possession de la vérité, la question de la liberté de pensée ne se poserait pas, et l'éminente dignité de la nature hu-

(1) Dans le droit de propriété il faut distinguer deux éléments: d'une part, le domaine de l'homme sur les choses, le droit pour lui de se servir d'elles en vue de ses fins humaines; ce droit se tire bien de « l'éminente dignité de la nature humaine »; (Et il duelle, au moins au moment de la consommation); — d'autre part, l'appropriation individuelle et sa délimitation. C'est dans ce second élément qu'entrent en jeu les conditions imposées par les déficiences de la nature humaine.

maine n'en serait pas pour cela diminuée, au contraire.

Et si l'on n'admettait pas d'autres droits que ceux qui se tirent de l'éminente dignité de la nature humaine, comment expliquer que l'homme puisse parfois renoncer à ses droits? C'est à cause de la dignité de la personne humaine que l'homme a droit à ce qui est nécessaire à sa subsistance. Aussi ne voyons-nous pas que l'homme puisse renoncer à ce droit; il peut même, si cela est nécessaire pour le sauvegarder, attenter à la propriété d'autrui. Au contraire, il peut renoncer à la protection de la propriété privée, et le religieux mendiant qui se confie à la charité publique ne manque pas à la dignité de sa personne.

Cette distinction cadre d'ailleurs avec celle des différents étages de droit naturel les droits naturels essentiels étant ceux qui dérivent de la valeur de la nature humaine, ceux des degrés inférieurs étant ceux qu'implique l'enchevêtrement des déficiences qui marquent cette nature .

48. — Une observation s'impose : si nous admettons différents étages du droit naturel, les droits naturels verrons-nous entre le droit naturel et le droit positif? Nous avons à l'origine posé le droit naturel comme devant se distinguer du droit positif par sa fixité; s'il ne jouit plus de cette fixité, par quoi se distinguera-t-il de ce dernier?

Je dirai tout d'abord que le droit naturel doit con-

tenir un noyau invariable comprenant les règles impliquées par ce qu'il y a de fixe dans la nature humaine, quel que soit son état; l'homme, plus ou moins parfait, reste cependant l'homme, l'espèce humaine reste l'espèce humaine.

En second lieu, les variations de la nature humaine qui entraînent des variations du droit naturel sont les flottements de ce que nous avons appelé la nature pure, s'éloignant ou se rapprochant, par une dégénérescence ou par un progrès, de l'état de nature intégrale. Mais nous restons toujours essentiellement dans l'état de nature pure : le Paradis terrestre, quels que soient les progrès de la civilisation, est à jamais perdu pour nous.

L'élément de fixité l'emporte donc de beaucoup sur l'élément de variabilité.

Enfin, ce qui est essentiel, les variations de la nature humaine desquelles résultent les variations du droit naturel sont dans l'ordre de la plus ou moins grande perfection de cette nature. Les diversités qui appellent des diversités du droit positif (propres à lui en tant que positif) sont au contraire des différences de tempéraments qui peuvent parfaitement correspondre à un même degré de perfection du type humain, de même qu'on peut trouver des œuvres d'art également belles dans les écoles les plus différentes. Variation de la nature humaine et diversité des tempéraments se combinent d'ailleurs pour appeler la multiplicité indéfinie des systèmes juridiques positifs.

Il faut ajouter que le droit naturel ne comprenant que des formules générales, ses variations ne se réalisent que par très larges étapes.

CHAPITRE III

LE DROIT NATUREL CONSIDÉRÉ SELON SA NATURE DE DROIT

« L'entreprise d'une civilisation. »
HAURIOU.

49. Le bien commun; la civilisation. — 50. L'ordination de l'homme à son bien humain total, au bien commun, et à l'entreprise de ce bien commun. — 51. Les rapports de la morale et du droit. — 52. Les rapports de l'individu et de l'Etat.

49. — Pour STAMMLER, le droit naturel implique un contenu conforme à la nature du droit plutôt qu'à la nature de l'homme (1). La thèse que je soutiens

(1) STAMMLER. *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902,

(1) STAMMLER, *Die Lehre von dem richtigen Rechte*, Berlin, 1902, n° 105, p. 152. Et il faut remarquer, en outre, que pour STAMMLER, en tant qu'il relève de la nature humaine, le contenu du droit naturel n'a rien de constant; c'est « ein Naturrecht mit wechselndem Inhalte », *Wirtschaft und Recht nach der materialistischen Ge-*

s'oppose à cette conception formelle du droit naturel. Je crois qu'il faut faire entrer dans le droit naturel, comme son élément essentiel, un contenu matériel tiré de la nature humaine, et c'est pourquoi je me suis longuement efforcée de montrer comment la nature humaine exige le droit naturel. Mais il n'en reste pas moins vrai que le droit naturel doit aussi, pour être envisagé suivant tous ses éléments, être considéré suivant sa nature de droit.

J'ai déjà employé, au chapitre précédent, le mot de civilisation, mais je n'ai considéré la civilisation que dans ses rapports avec la nature humaine abstraite-ment considérée. Or, la civilisation est essentiellement quelque chose de social. C'est sous ce jour que nous allons la rencontrer maintenant.

Reprenons donc notre analyse du début: La coopération des hommes est une condition de fait de la recherche par eux de leur bien individuel. Cette coopération exige que des règles s'imposent aux individus pour en déterminer les modalités; l'ensemble de ces règles est le droit.

Mais la coopération des hommes ne consiste pas simplement en ce que Pierre accomplisse une œuvre utile à Jacques et Jacques une œuvre utile à Pierre, elle consiste aussi en ce que Pierre et Jacques travaillent ensemble à une œuvre utile à tous les deux. Ainsi la coopération des hommes fait apparaître un « bien commun », un bien auquel tous travaillent, et

qui est utile à tous. Et c'est ce bien commun que les lois ont pour but d'organiser. « Les lois seront justes, dit saint THOMAS dans son commentaire de l'*Ethique*, quand elles procureront la félicité et ses diverses parties, c'est-à-dire ce qui est ordonné à la félicité, soit d'une façon principale, comme les vertus, soit à titre d'instrument, comme les richesses et autres biens extérieurs de cette sorte; et cela par comparaison à la communauté politique » (1). Ce climat moral salubre, cette harmonieuse ordonnance des biens extérieurs, qui engendrent la félicité publique, l'euphorie de la vie sociale, c'est la civilisation. Les lois ordonnent l'homme à une civilisation, elles organisent la collaboration de chaque individu à l'œuvre de cette civilisation, en même temps qu'elles le font jouir de ses bienfaits.

50. — L'homme a un bien propre, son bien humain, auquel il est ordonné directement. Et cette ordination de l'homme à son bien propre, c'est la loi morale qui la règle.

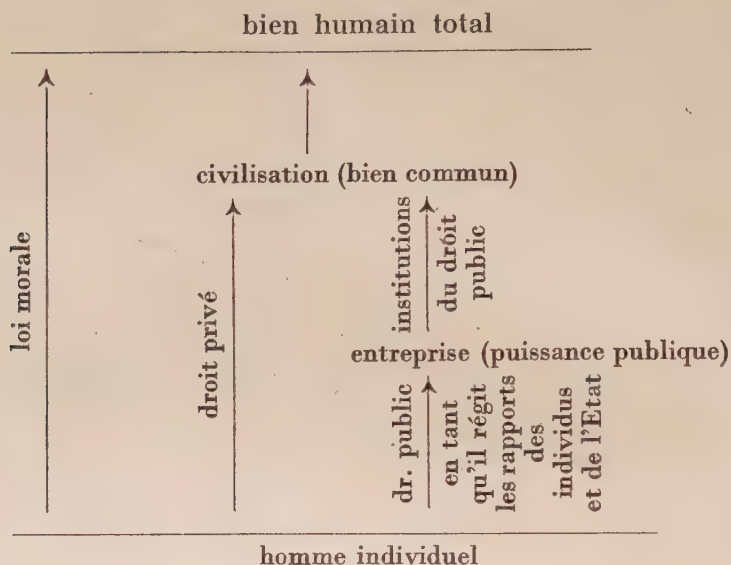
Mais ce bien humain exige pour être pleinement atteint la collaboration des hommes entre eux, exige la recherche de ce bien commun qui est la civilisation. Ce bien commun est donc par rapport à lui un moyen, et nous avons une échelle des fins qui se présente ainsi ;

(1) *Ethique*, liv. V, ch. 1, n. 13; de S. Th., lec. 2.



La loi morale ordonne directement l'homme à son bien, le droit l'y ordonne par l'intermédiaire du bien commun, auquel seul il l'ordonne directement.

Mais il faut compléter cette analyse. La loi qui ordonne l'homme au bien commun ne se crée pas, ne se soutient pas d'elle-même; elle exige un support, un sujet en qui elle repose, une autorité qui lui donne sa force, en un mot une puissance qui assure *l'entreprise* de la civilisation. Et cette puissance entrepreneur de civilisation exige elle-même, pour son organisation propre, la collaboration des individus. De telle sorte que les individus, de même qu'ils sont ordonnés par la loi à la civilisation, sont, encore par la loi, ordonnés à l'entreprise de la civilisation. Et notre schéma devient le suivant :



Le droit ordonne donc d'une façon assez complexe l'homme à la civilisation.

Tout d'abord directement. Il lui offre des cadres sociaux et l'oblige à entrer dans ces cadres; il le coule dans le moule de la civilisation. Il lui présente par exemple l'institution sociale du mariage monogame, l'institution sociale de la propriété individuelle, avec un régime de l'héritage. Et il lui interdit tout ce qui est contraire à ces institutions, par exemple la bigamie. C'est là tout l'ensemble du droit privé, avec celles des dispositions du droit pénal qui ont pour objet de maintenir cet ordre social du droit

privé, de sanctionner l'organisation de la famille, le régime des biens (1).

D'autre part l'activité de l'individu est ordonnée au fonctionnement de l'Etat, à la bonne marche de la machine sociale. Et c'est le droit public en tant qu'il régit les rapports de l'individu et de l'Etat, avec le droit pénal qui y correspond.

Mais l'activité de la puissance publique elle-même est ordonnée à la civilisation, elle est chargée de la procurer. Et elle la procure par toutes les institutions du droit public, la justice, l'assistance, l'enseignement, les travaux publics, etc.

Ainsi le droit privé procure de la civilisation; et il soumet l'individu à cette civilisation. Le droit public procure de la civilisation, et il soumet l'individu à l'Etat, entrepreneur de cette civilisation.

51. — Cette double ordination de l'homme par le droit, d'une part à une civilisation, d'autre part à une puissance publique, nous met en présence de deux problèmes, les rapports du droit et de la morale, les rapports de l'individu et de l'Etat.

Nous avons dit avec saint THOMAS que les vertus sont ordonnées d'une façon principale à la félicité

(1) Je ne prétends pas donner ici une définition du droit privé et du droit public. Mais je crois que, quelle que soit la définition qu'on adopte, il faut remarquer que, dans l'ensemble, le droit privé ordonne l'homme directement à une civilisation, le droit public l'ordonne à une puissance publique chargée de l'entreprise de cette civilisation, et aux institutions qu'elle dirige.

publique; elles sont l'élément essentiel de la civilisation. La loi ne va-t-elle donc pas avoir à faire régner la vertu; le droit ne sera-t-il pas l'exécuteur de la morale?

Il faut répondre à cette question par une autre question. Qu'est-ce que l'homme demande à la vie sociale? Il lui demande un moyen de parvenir à son bien humain, c'est-à-dire un cadre pour soutenir sa vie privée. Comment donc doit-il être ordonné à cette vie sociale? Comme à un cadre, à un moyen (1), non comme à une fin. La question même que nous avons posée nous donne la réponse : c'est en tant qu'elles sont ordonnées à la félicité publique que le droit commande les vertus.

Il serait trop simple de dire : la loi doit procurer la félicité publique; or les vertus sont l'élément essentiel de cette félicité ; donc la loi doit imposer à chaque homme la pratique de la vertu. Ce serait trop simple, et ce serait, dans l'ordre pratique, l'équivalent d'une pétition de principe. Les vertus éléments de la félicité publique sont celles que la loi a à procurer, non à commander. Et il est bien clair tout d'abord que si la vertu du sage engendre pour lui le bonheur, et si de même le bon état des mœurs dans une société engendre pour cette société la félicité, par contre la vertu obtenue par la force de la gendarmerie n'engendrerait aucune félicité. Les vertus que la société a à procurer, c'est le bon état des

(1) Un moyen, il est vrai, de valeur universelle, qui dépasse chaque individu.

mœurs, c'est ce climat moral salubre dont nous parlions plus haut. Et cet état des mœurs n'est vraiment bon, et ce climat vraiment salubre, que si ces vertus sont la libre expression de la bonne volonté humaine.

Les vertus que la loi procure sont un état social, un niveau des mœurs. Les vertus qu'elle commande sont individuelles, impliquent des actes imposés aux individus; et elles sont évidemment en connexion étroite avec les premières. Car la loi procure les vertus essentiellement en posant le cadre social qui en favorise le développement; et les vertus qu'elle commande sont celles qui sont nécessaires au maintien de ce cadre. D'où résultent à la fois l'étroite relation et les différences entre la vertu procurée et la vertu commandée. Par exemple la pureté des mœurs sera développée par de bonnes institutions familiales; la société devra donc veiller à ce que les individus ne portent pas atteinte à ce cadre. Il en résulte que la société commande ou défend souvent les mêmes actes que la loi morale, mais non pas dans le même but, non pas en se plaçant au même point de vue. Ainsi la loi morale défend l'adultère parce qu'il est un péché d'injustice ajouté à un péché d'impureté; la loi humaine le défend parce qu'il porte atteinte à l'institution sociale du mariage. Aussi voyons-nous cette loi humaine punir l'adultère de la femme plus sévèrement que celui du mari : « L'adultère de la femme compromet la base sur laquelle repose la famille légitime : la présomption de paternité du mari » (1).

(1) PLANIOL et RIPERT. *Traité élémentaire de droit civil*, Paris,

L'institution sociale du mariage est elle-même ordonnée à la loi morale, nous ne saurions trop le répéter; par conséquent c'est bien en définitive en vue de la loi morale que l'adultère est défendu par la loi; mais cette ordination n'est pas directe; la loi humaine n'ordonne qu'à des moyens. Dieu seul a le droit, par la loi morale, de commander la vertu pour la vertu, directement. La société commande la vertu pour le maintien des cadres sociaux destinés à favoriser le développement de la vertu.

Et c'est pourquoi au fond le caractère intimement vertueux de l'acte qu'elle commande lui est indifférent; ce qui l'intéresse, c'est la solidité de son cadre. Aussi la voyons-nous commander, quand ils sont utiles à cette solidité, des actes moralement indifférents avec la même énergie et sous les mêmes sanctions que des actes vertueux (1). Simplement elle n'a pas le

1925, t. I, p. 308. Cette solution adoptée par notre Code civil peut être discutée. Mais elle marque très bien la différence de point de vue qui sépare le droit de la morale.

(1) De même il peut arriver qu'elle pénalise des faits qui ne sont pas moralement coupables. Ainsi, en matière de responsabilité, il est important, pour la bonne vie sociale, que les dommages soient réparés. Aussi la loi regarde-t-elle au dommage qui a été causé, objectivement, avant de regarder à la faute de celui qui a causé le dommage. Elle établit, tout d'abord, des présomptions de faute: elle va même parfois plus loin: elle rend responsable celui qui a créé le risque, même s'il n'y a pas eu faute de sa part. Mais elle trouve alors en face d'elle, pour lui résister, cet autre principe, non moins important que le premier, qu'il est nécessaire, pour la bonne vie sociale, que l'homme qui agit légitimement et sans faute ne, soit pas inquiété, sinon les initiatives seraient ligotées par la crainte de la responsabilité. Il y a un équilibre à maintenir entre ces deux principes opposés. Aussi voyons-nous la loi admettre parfois la réparation sans faute, mais en fait seulement

droit de commander le vice; d'abord parce qu'elle-même a pour fin ultime la vertu, et que les moyens doivent être proportionnés à la fin. Ensuite parce que l'individu humain n'est soumis à la loi humaine que pour partie, en tant qu'il appartient à un groupe social, tandis qu'il est ordonné à la loi morale selon son être tout entier, parce qu'elle le conduit à son bien humain total (1).

dans des cas où cette réparation est plutôt la mise à la charge d'une personne d'une sorte d'obligation d'assurance au profit d'une autre personne. (V. G. RIPERT, *La règle morale dans les obligations civiles*, n° 119, p. 205, et n° 122, p. 208.)

(1) Ce principe, que la solidité des cadres sociaux destinés à soutenir les vertus privées est le but prochain de la loi, et que celle-ci est donc ordonnée seulement d'une manière médiate au développement de la vertu elle-même, pose une foule de questions délicates, spécialement dans le droit de la famille. Car un cadre social, pour être solide, doit être figé: plus il est figé, plus il est solide. Mais exagérément figé il manque de souplesse, et risque alors d'aboutir au résultat opposé à celui auquel il tend: il risque de favoriser le vice. On voit le droit osciller entre l'excès de rigidité qui fait passer la loi à côté de son but, et l'excès de souplesse qui en énerve les effets. Ainsi, d'après le Code Napoléon, l'état de séparation n'affaiblissait pas la présomption de paternité qui pèse sur le mari; il en résultait qu'une femme séparée de corps pouvait, en vivant publiquement dans l'adultère, donner à son mari des enfants qui n'étaient pas de lui, sans que celui-ci pût décliner cette paternité. Pour maintenir la solidité du cadre familial, on aboutissait à permettre un scandale public qui y attentait gravement. La loi du 6 décembre 1850 a porté remède à cet état de chose, en permettant au mari d'écarter cette présomption par une déclaration formelle. Voir PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, n° 1442 et 1443, pp. 465 et 466. Mais, qu'il s'agisse de cadres plus ou moins souples, plus ou moins rigides, c'est toujours de cadres qu'il s'agit. La loi ne descend pas dans l'intimité des actions individuelles.

52. — Les rapports de l'Etat et de l'individu s'éclairent, me semble-t-il, par les observations que je viens de présenter. Mais ce qui fait l'étrangeté de la situation de l'Etat, c'est que d'une part il est moins digne que l'homme, suivant l'échelle des fins, puisqu'il est totalement ordonné au bien de l'homme, tandis que l'homme n'est que partiellement ordonné à son bien; d'autre part, l'Etat est plus digne que l'homme individuel, en ce sens qu'il est ordonné au bien de tous, et que le bien de tous est plus digne que le bien d'un seul.

Par rapport au bien humain considéré universellement, ou comme le bien de tous, l'Etat est dans une situation subordonnée, il est un moyen. Il en résulte qu'il ne doit pas exiger plus que ne vaut un moyen. Il ne faut pas que l'organisation des moyens de vivre absorbe toute la vie : *propter vivere vivendi perdere causas*; il ne faut pas que les honoraires de l'entrepreneur absorbent tout ce qui est destiné au développement de l'entreprise.

Mais, d'autre part, l'Etat, représentant le bien de tous, est plus digne que le bien d'un seul. Il en résulte que si l'Etat ne peut pas commander le vice, il a cependant le droit, dans une certaine mesure, d'aménager nos vertus, en vue de l'utilité sociale. Ainsi je souhaiterais faire de larges aumônes; mais l'Etat me charge de lourds impôts, qui diminuent considérablement mes générosités; c'est son droit, et c'est une vertu aussi de payer ses impôts. Et cela va jusqu'à ce

point que l'Etat peut arracher brusquement à ses préoccupations coutumières un homme dont toute la vie est consacrée à sa famille et à son métier, à la science, aux lettres ou aux arts, pour le jeter brusquement dans l'unique pratique des vertus militaires.

Ainsi, pour sauver le bien de tous, si cela est nécessaire, l'Etat a le droit de demander à chacun le renoncement à ses droits les plus essentiels, à condition de respecter cette ordination au bien humain total qui est la sienne, à lui, Etat, aussi bien que celle de l'homme individuel.

CHAPITRE IV

COMBINAISON DES DEUX POINTS DE VUE

Le contenu du droit naturel

I

53. Les deux principes qui servent de base au droit naturel.
— 54. Mode de détermination du contenu du droit naturel : les biens humains; les cadres de civilisation et les institutions qui correspondent à ces biens. — 56. L'aménagement de l'Etat. — 57. La hiérarchie des biens humains.

53. — Le bonheur humain. Les conditions sociales de ce bonheur. Voilà les deux pôles auxquels est suspendu le droit naturel.

A la base de celui-ci se trouvent donc deux principes : le bien humain doit être recherché, il doit exister une organisation sociale en vue de ce bien.

Ce principe : le bien humain doit être recherché, domine à la fois la morale et le droit. A l'égard du droit il a la valeur d'un postulat indiscutable. Car le droit est une science pratique, et toute science pratique est subordonnée à une fin qu'elle ne discute pas. Ainsi le médecin ne se demande pas s'il doit guérir, l'orateur s'il doit persuader, l'homme de gouvernement s'il doit maintenir la paix dans la cité (1).

Le second principe est l'expression de ce fait que les conditions du bonheur de l'homme impliquent la vie en société. Il pourrait se formuler ainsi : il est nécessaire qu'il y ait un droit positif; il est nécessaire qu'il y ait des pouvoirs publics.

Le principe souvent énoncé comme entrant dans le droit naturel, à savoir que la personne humaine doit être considérée comme une fin, rentre, on le voit, dans le premier principe, et marque la subordination à lui du second.

54. — Ces deux principes une fois posés, quelle méthode permettra de déterminer le contenu du droit naturel?

Le bien humain, avons-nous dit, est déterminé par

(1) « *In operabilibus oportet finem supponere. Non consiliatur de finibus, sed de his quæ sunt ad fines. Medicus non consiliatur an debeat sanare infirmum, sed hoc supponit quasi finem. Nec Rhetoricus consiliatur si debeat persuadere, sed hoc intendit quasi finem. Nec etiam Politicus id est rector civitatis consiliatur an debeat facere pacem quæ se habet ad civitatem sicut sanitas ad corpus hominis. Et sic nullus aliorum operantium consiliatur de fine.* » S. THOMAS, *Ethicorum*, III, 1, 8.

la nature humaine, avec ses tendances profondes et leur hiérarchie. Il faudra donc d'abord analyser chacune des tendances profondes de la nature humaine, chacun des « biens humains ».

Il faudra ensuite, à propos de chacun de ces biens humains, voir quels sont les moyens sociaux essentiels de le procurer, quels sont les cadres sociaux fondamentaux qui en favorisent le développement.

Il faudra reprendre le schéma donné au chapitre précédent. Il y a des lois qui ordonnent directement les individus aux cadres de la civilisation. Il y a d'autre part des lois qui ordonnent à la civilisation la puissance publique, avec les institutions qu'elle crée en vue de procurer cette civilisation. Il y a enfin des lois qui ordonnent l'individu à la puissance publique.

Partant de l'analyse des tendances de l'homme à satisfaire, du bien humain à procurer, nous raisonnons en descendant l'échelle des fins. Nous aurons donc tout d'abord à voir quel est le cadre de civilisation qui répond à chacun des besoins humains, comment doivent être ordonnés, d'une part l'individu, d'autre part l'Etat, à ce cadre de civilisation. Ensuite, nous aurons à examiner quel est le droit naturel de l'aménagement interne de la puissance publique, et des rapports de l'individu avec elle.

L'homme est un animal doué de raison. Sa béatitude exige la satisfaction de toutes les aspirations

de son être, à la fois animal et rationnel. Elle a pour racine la satisfaction de ses besoins les plus élevés, des besoins de son intelligence et de sa volonté, doués d'une capacité infinie (1).

Cette béatitude, que l'homme ne peut d'ailleurs atteindre qu'imparfaitement en cette vie, requiert le concours de la vie sociale. C'est donc à elle que la vie sociale est ordonnée.

C'est le caractère rationnel de l'homme, c'est sa connaissance de la vérité et de Dieu qui font sa dignité. Est-ce à dire que nous devons examiner tout d'abord, cherchant le contenu du droit naturel, les principes qui peuvent se tirer de ce caractère? Non. Avant d'être raisonnable, il faut être. Un chien vivant vaut mieux qu'un lion mort, dit un adage scolastique. Ce qui fait la dignité d'un être n'est pas ce qu'il y a de premièrement indispensable en lui; c'est ce qui fait le couronnement d'un édifice, ce qui en fait la beauté, mais le couronnement ne peut exister sans les fondations. Ainsi l'ordre des tendances humaines qu'il est logique de suivre dans l'élaboration du contenu du droit naturel est l'inverse de leur ordre hiérarchique, il est celui donné plus haut : tendances communes à tous les êtres, tendances communes à tous les animaux, tendances propres à l'homme (2).

(1) Voir 2^e partie, ch. II, n^o 45.

(2) Sur cette question de la détermination du contenu du droit naturel par l'analyse des tendances profondes de la nature humaine, voir DEPLOIGE, *Le conflit de la morale et de la sociologie*, 3^e édition, ch. VII, 3^o, pp. 273 et suiv.

55. — L'homme, tout d'abord, veut vivre, et la société doit l'aider à conserver sa vie.

Quels sont les éléments de civilisation qui correspondent à ce besoin? Essentiellement l'ordre, la tranquillité publique. Et cela implique, comme de droit naturel, un régime de police auquel tous soient soumis, et un régime de justice qui interdise à l'individu de se faire justice lui-même; et, à côté, les institutions de droit public correspondantes, c'est-à-dire essentiellement des juridictions organisées et accessibles à tous.

Autre élément de civilisation se rapportant au même besoin humain : la santé publique. Le maintien de la santé publique exige de la part de la société l'organisation d'un régime de prudence comportant des mesures dans lesquelles le droit naturel n'a pas à entrer, mais qui se traduisent en droit positif par les mesures de prophylaxie, la déclaration obligatoire des maladies contagieuses, etc. A côté de ce régime, nous trouvons les institutions sociales telles que les hôpitaux, etc.

En second lieu, l'homme a, en commun avec les autres animaux, l'instinct sexuel et l'instinct de reproduction, avec, de plus — et cela implique déjà qu'il est un être doué de raison —, le souci de l'avenir de sa famille.

L'élément de civilisation qui correspond à cette tendance est la prospérité de la famille.

Le cadre familial essentiel est le mariage stable, monogame et indissoluble.

Les institutions du droit public qui favorisent la famille sont très diverses en droit positif : habitations à bon marché, cités ouvrières d'utilité publique, allocations familiales, etc. Le droit naturel n'a pas à entrer dans leur détail, mais seulement à poser le principe que la puissance publique a à se préoccuper du développement de la famille.

Enfin, l'homme a des tendances qui le différencient entièrement des autres animaux. Ce sont ses besoins intellectuels et spirituels, le besoin de vivre en contact avec ses semblables, et aussi cette complexité que l'intervention de l'intelligence apporte dans la vie matérielle et dans la vie familiale.

Parmi les éléments de civilisation qui se rapportent à ce groupe complexe de tendances, nous pouvons ranger d'abord l'harmonie des rapports entre les individus. A cette harmonie tendent les lois qui établissent le régime des contrats, le régime de l'acquisition et de la transmission des biens.

Les institutions du droit public qui correspondent à la vie sociale sont nombreuses : ce sont notamment toutes celles qui favorisent les communications. Ce sont aussi tous les groupements d'utilité publique.

A la vie intellectuelle et à la vie spirituelle correspondent, nous l'avons vu, la béatitude essentielle de l'homme, bien que la béatitude comprenne également la satisfaction de tous les besoins humains. De même parmi tous les éléments de la civilisation, la cul-

ture intellectuelle, morale, et spirituelle, est le plus digne.

Il n'est pas de droit naturel que la société coule l'individu dans le moule d'une forme déterminée de culture intellectuelle. Car la culture est le libre épanouissement des facultés humaines (1). C'est donc plutôt du côté des institutions qui s'offrent à la libre acceptation de l'individu qu'il faut chercher les moyens de développer cet élément de civilisation. La principale de ces institutions est évidemment l'enseignement.

A la vie spirituelle correspond le cadre religieux dans lequel vit la nation. Il faut remarquer que la nature contient en elle-même une vocation à la vie surnaturelle, et que par conséquent, non seulement le cadre de la religion naturelle entre dans le plan du droit naturel, mais aussi le cadre de la religion positive, et la subordination du pouvoir temporel au pouvoir spirituel, qui est l'expression de la subordination du bien commun, moyen en vue du bien humain, à ce bien humain lui-même.

56. — Enfin il y a un droit naturel de l'Etat considéré en lui-même, dans son organisation propre. Le principe essentiel de cette organisation interne est ce

(1) Cependant on peut se demander s'il est de droit naturel que l'Etat oblige l'individu à recevoir un minimum de culture intellectuelle. Ainsi la France est un pays où la culture primaire est un cadre social obligatoire.

principe d'équilibre que M. HAURIOU a si admirablement mis en évidence (1), équilibre par exemple entre la force gouvernementale et le corps électoral, équilibre à l'intérieur même des rouages gouvernementaux, séparation des pouvoirs, etc. Le droit naturel n'a d'ailleurs qu'à énoncer la nécessité de ce principe d'équilibre; il n'a pas à déterminer les modalités suivant lesquelles il doit être réalisé.

A ce droit naturel de l'Etat se subordonne un droit naturel des rapports de l'individu et de l'Etat, dont le principe essentiel est le droit pour l'Etat d'exiger la collaboration de l'individu, tant au fonctionnement interne de ses propres rouages qu'au fonctionnement des institutions qu'il régit.

57. — Entre les biens humains que nous venons d'énumérer existe, nous l'avons vu, une double hiérarchie : suivant leur caractère plus ou moins indispensable, et suivant leur plus ou moins d'élévation. La société doit prendre partie sur leur valeur réciproque, savoir, par exemple, en ce qui concerne les institutions sociales, dans quelle proportion il faut développer les universités et les hôpitaux : le bien que procurent les universités est plus digne, mais celui que procurent les hôpitaux est plus nécessaire. Cette proportion complexe relève essentiellement du droit naturel, et c'est spécialement à cause d'elle que

(1) HAURIOU, *Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre*, Paris, 1909. — *Principes de droit public*, 1^{re} éd., Paris 1910, ch. I^{er}.

le droit naturel implique une théorie des diverses valeurs humaines, une doctrine philosophique du bonheur humain. Si l'on pose à la base de la doctrine du droit naturel la doctrine de l'homme animal rationnel, il faut admettre que lorsque les biens indispensables sont assurés, l'effort de la société doit tendre essentiellement à développer les biens de l'esprit et de l'âme qui sont la fleur d'une civilisation, et les richesses matérielles seulement comme instruments en vue de ces biens.

Et cette hiérarchie entre en jeu en particulier pour déterminer la proportion qui doit exister entre les biens procurés et les sacrifices demandés. Car la société ne crée pas du bien humain *e nihilo*, elle crée un bien humain aux dépens d'un autre bien humain. Ainsi dans nos vieilles villes de province, lorsqu'un incendie se déclarait, les pompiers arrêtaient les passants pour les employer à faire la chaîne; parce que l'incendie courait un péril grave dans son foyer, parfois dans sa vie, et que le sauver de ce péril valait la peine de déranger les gens de leur chemin; mais si quelqu'un justifiait de quelque occupation vraiment importante, il était dispensé de ce service (1). Proportionner aux services rendus les sacrifices demandés, de telle façon que les services les plus grands possibles soient rendus de la façon la moins onéreuse possible, tel doit être le rôle de la société.

(1) Cet exemple, qui a rapport au plan des relations des individus entre eux, ne représente qu'imparfaitement mon idée, qui a rapport au plan social en général.

Il faut que sans jamais toucher aux biens indispensables que pour de très graves raisons d'Etat (1), elle ne sacrifie autant que possible que des biens matériels. Son rendement est le meilleur lorsqu'elle parvient à ne demander à chacun de ses membres que le superflu de ses biens matériels.

Compte tenu de cette question de rendement — qui est capitale, car avec la déperdition qui se produit inévitablement dans les rouages de la machine sociale, ce rendement pourrait être négatif —, il n'y a pas de limite au bien humain à procurer, pas de limite à l'élévation de ce statut de vie humaine que la société doit s'efforcer de procurer à tous (2). Le droit naturel fixe ici une base de départ, il ne fixe pas de point d'arrivée.

II

58. Les droits individuels : l'égalité. — 59. La liberté. —
60. La loi et les droits.

58. — Ce point de vue réaliste, qui consiste à prendre pour idée centrale l'idée de bien humain à procu-

(1) Et toujours, bien entendu, sous réserve de l'ordination totale au bien humain qui caractérise l'Etat, et qui est même sa seule raison d'être.

(2) Pas d'autre limite que le besoin. L'Etat n'a pas à remplacer l'activité individuelle, mais à l'aider; l'Etat n'est, nous l'avons dit, par rapport au bien des hommes, qu'un moyen. Mais il n'y a pas d'autre limite à cette aide qu'il apporte que le point où elle cesserait d'être une aide pour devenir un esclavage, il n'y a pas d'autre limite à la mise en œuvre de ce moyen que le point où il cesserait d'être un moyen pour devenir une fin.

rer, conduit à écarter certains points de vue comme étant trop exclusivement formels, à exclure du droit naturel certains droits qui y sont fréquemment compris, ou au moins à ne leur donner, dans l'enchaînement logique des idées, qu'une place secondaire.

Tout d'abord la notion formelle de justice n'est pas un élément essentiel du contenu du droit naturel. Je ne reviens pas ici sur cette question (1).

En second lieu, le point de vue des droits individuels est un point de vue secondaire.

Le droit naturel est le droit applicable à l'homme, à l'être dont l'essence est l'humanité.

Mais, dira-t-on, le droit implique nécessairement la vie sociale, donc il doit essentiellement être fondé sur les rapports des hommes entre eux, et par conséquent il n'y a pas de droit de l'homme en général, il n'y a que le droit des individus, le droit qui règle les rapports des individus les uns par rapport aux autres, et par rapport à l'Etat.

Ce point de vue paraît très fort. Aussi voit-on la plupart des juristes qui traitent du droit naturel parler d'égalité, de liberté limitée par la liberté d'autrui (2).

(1) Voir 1^{re} part., ch. III, n° 22.

(2) M. GÉNY, par exemple, après avoir énoncé la valeur de la personne humaine, la considère tout de suite dans les individus où elle se réalise.

Et certes, les droits de l'individu existent, et il faudra leur trouver leur place. Mais je crois que ce qu'il faut considérer essentiellement et tout d'abord, c'est le droit naturel de l'homme en général. La vie sociale, dit-on, implique nécessairement des rapports des hommes entre eux. Cela est vrai. Mais cela signifie simplement que le droit naturel est le droit de l'homme social, ce qui est évident. Cela ne signifie pas qu'il est le droit de l'individu en tant qu'individu. Ainsi le mathématicien étudie les lois d'intersection des coniques sans poser je ne sais quel principe d'égalité entre les individualisations des surfaces qu'il étudie. De même le droit fixe les rapports du mari et de la femme, des parents et des enfants, du propriétaire et du locataire, du commerçant et du fisc, c'est-à-dire qu'il fixe les rapports de l'homme présentant telle détermination et de l'homme présentant telle autre détermination. Mais l'homme présentant telle détermination est encore ici pris en général : « Le mari doit protection à sa femme, la femme obéissance à son mari ». « Les enfants ou leurs descendants succèdent à leurs père et mère » (1). Ainsi le

(1) Il en est de même lorsque la loi est formulée par exemple ainsi : « Tout individu né en France d'un étranger et qui n'y est pas domicilié à l'époque de sa majorité... » (art. 9 du Code civil). Cela signifie bien implicitement qu'il faudra traiter de la même manière, au point de vue de la nationalité, Pierre et Paul, et Jacques et François, qui sont tous nés en France d'étrangers et n'y sont pas domiciliés au moment de leur majorité, mais essentiellement cela signifie : l'homme né en France d'un étranger, etc. Cela crée un rapport entre « homme né en France, etc. », et le droit

droit naturel doit se formuler en compréhension, et le point de vue de l'extension n'est qu'implicite.

Que ferai-je donc de ce principe d'égalité que tout de même je ne méconnais pas? Il me semble être à la fois au-dessus et au-dessous du droit naturel, et, en tant qu'il est au-dessous de lui, être compris d'une certaine façon en lui.

Supérieur logiquement et étranger au droit, le principe de l'égalité des hommes l'est en ce sens qu'il est l'expression de cette vérité de fait qu'il y a un type homme et que ce type homme est réalisé en plusieurs. Etre à la fois un et apte à être en plusieurs, telle est la définition de l'universel (1). L'universel homme est en plusieurs. Il en résulte que le droit, qui est fait pour l'homme, est fait, automatiquement pourrait-on dire, pour les hommes, et s'applique d'une manière identique à chacun d'entre eux. Une régulation générale quelconque n'existe en tant que générale que dans l'esprit; dans la réalité elle n'existe que dans les cas individuels; elle est faite de l'identité des cas particuliers qui tombent sous elle.

En second lieu, le principe de l'égalité est au-dessous du droit en ce sens qu'il regarde la puis-

de réclamer la qualité de Français. Il faut remarquer d'ailleurs que, si la loi est souvent formulée: tout individu qui..., elle n'est jamais formulée: tous les individus qui...

(1) Faire entrer l'égalité dans le droit humain comme principe essentiel, c'est en somme faire entrer dans la définition de l'universel homme, ce qui est de la définition de l'universel en tant qu'universel, à savoir la faculté d'être en plusieurs.

sance publique chargée de l'exécution de celui-ci. Car si la loi est à la fois une, et apte à être multiple sans perdre son unité, il faut que la puissance publique l'applique telle qu'elle est, c'est-à-dire dans son identité. Par conséquent assurer l'égalité des individus est une fonction des pouvoirs publics, qui s'accomplit par le fait même qu'ils assurent l'exécution de la loi.

Si donc on considère dans les individus auxquels elle s'applique, une loi donnée, on voit qu'elle fait régner l'égalité. Si au contraire on considère la formule même de la loi, on voit qu'elle établit une distinction entre le sujet auquel elle s'applique et le sujet auquel elle ne s'applique pas. Si notre législation du mariage n'existait pas, il y aurait des hommes, des femmes et des enfants. Parce que cette législation existe, il y a des hommes mariés et des célibataires, des femmes mariées et des femmes célibataires, des enfants légitimes, des enfants naturels simples reconnus ou non, des enfants adultérins, donc des catégories diverses où se rangent les individus, perdant ainsi leur « indistinction » en tant qu'ils tombent sous des dispositions législatives différentes. Les hommes ne sont et ne demeurent égaux qu'en tant qu'ils tombent de la même façon sous la même loi : ainsi le locataire ayant un bail, et le locataire n'ayant pas de bail, inégaux au point de vue de loi sur les loyers, sont égaux au point de vue de la loi électorale. Si l'on supprime cette restriction, il est trop facile de montrer que le principe n'est plus vrai : la règle « *puer conceptus pronatus habetur* » montre suffisamment que la loi re-

connaît à tel enfant des droits que tel autre n'a pas, que lui-même pourrait ne pas avoir. Lorsque la Révolution a proclamé : tous les hommes naissent égaux, elle a simplement diminué l'inégalité; en réalité elle n'a pas fait une loi; elle en a supprimé une, celle qui accordait des privilèges.

Si la loi crée de l'inégalité, dans quelle mesure est-il légitime qu'elle le fasse? Dans la mesure où elle est conforme au droit naturel, c'est-à-dire dans la mesure où l'inégalité qu'elle institue est déjà inscrite dans la nature, soit directement, comme celle qui existe entre l'honnête homme et le criminel, soit d'une manière dérivée, comme celle qui résulte du droit de propriété, et qui tient à ce que la nature de l'homme, avec ses déficiences, est telle qu'il doit sortir plus de bien de ce régime que du régime communiste (1).

(1) « S'il y a entre les hommes une certaine égalité de nature, du fait de leur caractère commun d'êtres raisonnables, dès qu'on sort de là, ce sont de multiples inégalités qu'on constate entre eux : aux inégalités individuelles si graves d'intelligence et de force notamment, la vie en société — qui les atténue en un certain sens — vient au contraire en ajouter d'autres; il ne saurait sans doute être question d'attribuer exactement les mêmes droits au chef de famille et aux enfants en bas âge, aux gouvernants et aux gouvernés. Une parfaite égalité serait souvent ici une parfaite injustice, voire même une impossibilité. Il ne peut donc s'agir, si l'on veut une égalité parfaite, que d'une égalité entre égaux. Mais alors la question reste entière : quelle différence de régime y aurait-il lieu, en effet, d'établir entre ces situations inégales, qu'est-il juste de faire à ce point de vue? Ce n'est pas l'égalité qui peut nous l'apprendre. » LE FUR, *Le fondement du droit*, extrait de la revue *Les Lettres*, p. 39.

59. — C'est pour des raisons tout à fait analogues que je ne crois pas qu'il faille inscrire la liberté parmi les principes fondamentaux du droit naturel.

La loi ne nous donne pas la liberté, elle restreint partiellement celle dont nous disposerions sans elle. Et il n'y a pas de libertés irréductibles, sauf celles de l'esprit et du cœur qu'il n'est pas au pouvoir de la société d'atteindre. Le régime de guerre en est un exemple bien frappant : la liberté d'aller et de venir, de mener la vie de famille, la liberté même de s'exprimer, la société en a privé des hommes pendant quatre ans, et cela très légitimement. C'est ce droit dont dispose la société, et les circonstances dans lesquelles il s'exerce, qui est à déterminer; la liberté individuelle n'en est que l'aspect en creux, ce qui reste **de la liberté du sauvage**, lorsque la société a exercé sa fonction.

Bien souvent, je le sais, on définit le droit naturel comme une limite qui s'oppose à l'arbitraire du législateur. Ne serait-il pas alors précisément un aspect en creux, une sorte de moule de fer qui envelopperait le droit en lui restant extérieur, donc cette liberté qui, tout de même, s'oppose à l'invasion de la loi, résiste au pouvoir du législateur, même quand elle est vaincue?

Tout d'abord, si l'on faisait du droit naturel une limite qui borne le droit de l'extérieur, il est clair qu'il ne serait plus du droit. En second lieu, rien ne résiste entièrement à l'invasion de la loi, nous venons

de le dire. Les libertés les plus sacrées sont sacrifiées *dans certains cas*. Ce sont donc ces cas qui dominent toute la question. Le droit naturel n'est pas un cercle de fer qui entourerait les pouvoirs du législateur; il est, au sein même de ces pouvoirs, leur équilibre interne.

Qu'est-ce donc que ce principe de la liberté, de l'autonomie de la personne humaine? Lui aussi est au-dessus du droit, en même temps qu'il est cet aspect en creux, ce sur quoi le droit empiète et qui lui résiste.

La société n'a à l'égard du bien humain que la valeur d'un moyen. Elle a pour seule fin d'aider l'homme à parvenir à ses fins; dans la mesure donc où il a besoin de cette aide la société est bonne; dans la mesure où il n'en a pas besoin, elle est mauvaise (1). Ainsi l'homme a besoin du cadre social du mariage; mais il n'a pas besoin que la loi lui dise, comme le voulait PLATON, quelle femme il doit épouser. Si la société est la bienfaitrice de l'homme, il ne faut pas que, par excès de zèle, elle mérite qu'on lui applique le mot bien connu : « Seigneur, délivrez-moi de mes amis ». L'autonomie de la personne humaine est le principe qui marque cette subordination essentielle de la société à l'homme, non de l'homme à la société. L'homme est subordonné à la société en tant qu'il a

(1) « Si l'organisation de l'ordre par la loi soustrait l'homme aux risques de l'arbitraire, elle le laisse exposé aux entreprises possibles du législateur, qui, s'il est dérégulé, ou seulement mal inspiré, peut devenir le pire des fléaux: l'injustice armée. » BEUDANT, *Le droit individuel et l'Etat*, p. 11.

besoin d'elle, et que pour recevoir ses bienfaits il se plie à ses cadres; mais en tant qu'il n'a pas besoin d'elle, il a le droit, si l'on peut dire, de la remettre à sa place (1).

Ainsi de même que l'interdépendance des hommes est le revers de cette médaille qu'est leur harmonieuse coopération, de même la privation partielle de liberté est le revers des bienfaits de la vie sociale.

Liberté et égalité sont la feuille blanche sur laquelle la loi s'inscrit, comme un dessin, diminuant sa blancheur. Le droit naturel est la loi interne de ce dessin, ce qui donc, en fait la netteté, donc, en évitant les bavures, sauvegarde tout de même la blancheur de la feuille, qu'un tache informe souillerait entièrement. Ainsi restreindre la liberté est le moyen de sauvegarder la liberté, délimiter l'inégalité est le moyen d'assurer au mieux l'égalité : « Où tout le monde peut faire ce qu'il veut, nul ne fait ce qu'il veut; où il n'y a pas de maître, tout le monde est maître; où tout le monde est maître, tout le monde est esclave » (2).

60. — Il faut aller plus loin. Il faut exclure du point de départ du droit naturel cette expression : *les droits* de l'homme; il n'y a tout d'abord que *la loi*. Un droit,

(1) C'est pourquoi la liberté tantôt cède du terrain, tantôt en reprend; telle importante liberté est sacrifiée pour sauver tel grand bien social en péril; le danger passé, la liberté reprend ses droits. La liberté n'est pas quelque chose de déterminé absolument et pour tous les cas.

(2) BOSSUET, *Politique tirée de l'Ecriture sainte*, liv. I, art. 3, prop. 6.

en effet, signifie quelque chose qui est susceptible d'être liquidé, d'être déterminé dans sa quantité comme dans son espèce. Or comment déterminer, par exemple, dans quelle mesure l'homme a droit à l'assistance en cas de maladie? Dans quelle mesure relativement aux circonstances, cela se peut. Dans quelle mesure absolument, non. Donc, ou ce n'est pas un droit, ou ce n'est un droit qu'à partir du moment où des circonstances extérieures sont venues déterminer cette dette de la société, dire sur quelle base elle sera calculée.

Si l'on pose au contraire que la société se doit toute à cette fabrication de bien humain en vue de laquelle seule elle existe, qu'elle manque à sa dette si toute son activité n'est pas orientée vers le développement de ce bien, alors la quantité du bien que l'homme demande à la société n'est plus limitée que par le besoin. Ainsi, au point de vue des services d'assistance, nous n'aurons plus à démontrer que l'homme a *droit* à l'assistance, mais seulement que, dans certains cas, où il ne peut se suffire à lui-même, il a *besoin* d'assistance. Et alors le devoir de la société sera de pourvoir à ce besoin dans toute la mesure où elle le pourra sans sacrifier un bien humain plus grand que celui qu'elle procure. Cela implique la hiérarchie des valeurs humaines dont nous parlions plus haut, l'équilibre à établir entre les différents biens humains. La notion de *droits*, au pluriel, intervient lorsque, cet équilibre une fois établi, la question de la situation des individus se pose.

Mettre en premier la seule notion du bien humain le plus grand possible à procurer est, me semble-t-il, la seule façon de montrer comment l'homme a droit à des choses auxquelles aucune équivalence de services rendus (1), ni aucun fait particulier déterminable ne lui donne droit, ou, si l'on veut, comment la justice légale est au-dessus de la justice distributive, et peut lui faire, quand besoin est, les plus graves entorses (2).

(1) J'ai signalé plus haut un cas où il me semble qu'il ne faut pas chercher dans une équivalence de services rendus le fondement d'un droit: c'est le cas des allocations familiales. Il y a non un service à rémunérer, mais une valeur humaine à sauvegarder. Voir 1^{re} partie, ch. V, n° 34.

(2) Cette théorie du bien humain à procurer n'implique nullement que l'Etat doive prendre lui-même la charge de procurer à chacun tous ces biens dont il a besoin. Je ne fais pas ici d'économie sociale ni d'économie politique, et encore moins de politique.

CONCLUSION

*« La face de la justice
est plus belle que l'étoile du soir »,*
PLOTIN.

61. Réalisme. — 62. Ordre naturel et justice.

61. — Au cours de ce travail, j'ai évité le plus possible les mots en « isme », parce que leur sens varie suivant le domaine philosophique où on les emploie, suivant même la philosophie à laquelle on les applique : il est inutile de faire remarquer que le réalisme de DUGUIT n'est pas le même que celui de PLATON.

Cependant je me suis servie précisément de ce mot « *réalisme* », pour exprimer l'attitude que je crois devoir être prise en face du problème du droit naturel.

J'ai entendu cette attitude comme s'opposant, d'une part au subjectivisme, c'est-à-dire à la thèse qui fait résider essentiellement la règle de droit dans l'esprit

de *sujets* pensants (1), d'autre part à une conception formelle du droit naturel, qui consiste à définir celui-ci en développant ce qui se trouve à l'intérieur même de la notion de droit, sans appel à une *matière* tirée de la nature de l'homme ou des choses.

Le premier aspect de cette attitude réaliste m'a conduit jusqu'à qualifier de métaphysicien idéaliste un juriste qui est généralement considéré comme le chef d'une école réaliste : DUGUIT (bien que j'aie trouvé dans sa doctrine, en faisant abstraction de son aspect idéaliste, une base solide pour une doctrine réaliste). Je crois qu'il faut renoncer à ce perpétuel dédoublement des objets de nos connaissances : d'une part leur face dans les choses, d'autre part leur reflet dans l'esprit humain. Lorsque nous faisons de la psychologie, étudions ce qui se passe dans l'esprit humain, et comment les réalités extérieures s'y impriment. Mais lorsque nous nous livrons à une autre science, consentons à plonger du premier coup dans le réel, sans passer par ce marchepied inutile et encombrant qu'est l'étude de la notion présente en notre esprit. Évidemment nous ne pouvons voir les

(1) Ce subjectivisme, bien entendu, n'a rien à voir avec la théorie des droits subjectifs. DUGUIT, qui est fermement objectiviste en ce sens que pour lui la règle de droit exprime un rapport, une situation, non un droit qui repose en un sujet, est subjectiviste en ce sens que pour lui cette règle de droit elle-même existe dans la conscience de *sujets* pensants, et tire son origine de cette existence dans la conscience de *sujets* pensants.

Voir une intéressante étude des sens des mots objectif, subjectif, droits objectifs, droits subjectifs, dans R. CAPITANT, *Introduction à l'étude de l'illicite — l'impératif juridique*, pp. 208 et suivantes.

choses que dans nos idées, mais nous ne sommes pas obligés de regarder d'abord notre idée, puis la chose. Demandons-nous tout de suite s'il y a, dans la réalité, des règles que le maintien de l'intégration sociale rend indispensables, sans nous croire obligés de passer par l'intermédiaire du sentiment que les hommes ont de ces règles. Ce dédoublement ne peut aboutir qu'à cette définition de M. JÈZE, qui clot définitivement la question du droit naturel par une fin de non-recevoir : le droit idéal est ce que les hommes croient être le droit idéal.

Le second aspect de cette attitude réaliste m'a conduite à écarter de la définition du droit naturel et de son contenu toutes les formules qui appartiennent au type du « cadre vide », et exigent que d'autres principes interviennent ensuite pour les remplir. Si l'on dit : le contenu du droit naturel, c'est la justice, il faudra que quelque raisonnement nouveau vienne nous dire ce qui est juste, ce qui est pour chacun le « suum ». Si l'on dit : l'un des droits naturels de l'homme est la liberté, il faudra de même qu'un raisonnement nouveau vienne préciser quelles sont les libertés légitimes de l'homme. Au contraire, si l'on dit : le droit naturel trouve son fondement dans les tendances essentielles de la nature humaine, c'est l'expérience seule, l'observation, qui aura à déterminer quelles sont ces tendances essentielles; et elle nous révélera que l'homme est un animal, mais un animal doué de raison, un animal social, un animal religieux.

C'est donc la notion de bien humain à procurer qui m'a paru être la notion centrale vers laquelle monte toute l'organisation du droit naturel. Ce bien humain, c'est le plein accomplissement de la nature humaine, telle qu'elle est constituée dans ses tendances essentielles, c'est le bien-être et le bien-vivre des hommes, le « *bene esse hominum* », au sens le plus large de ce terme. Son aspect social et son moyen social de réalisation, c'est la civilisation. Le droit est l'entreprise d'une civilisation; et le droit naturel est l'ensemble des normes essentielles qui doivent diriger cette entreprise.

62. — Ai-je abandonné ce point de vue réaliste lorsque j'ai affirmé que dans l'analyse du droit naturel, le point de vue de la compréhension devait primer le point de vue de l'extension, celui-ci n'étant que secondaire et implicite? Je ne le crois pas. Le réalisme n'interdit pas l'abstraction, la généralisation, sans quoi il interdirait la science. Il n'oblige pas à se tenir pour raisonner sur le terrain des poussières de réalisations concrètes.

Mais si, quittant le terrain de l'analyse, on passe au terrain de la réalisation, le point de vue de l'extension retrouve toute sa valeur et la notion de justice devient la notion centrale. Car la justice est la vie même du droit naturel et son extension à travers les individus, et à travers les formes de la vie sociale. Je ne crois pas, ai-je dit plus haut, qu'il y ait d'opposition entre l'ordre et la justice, ni qu'ils aient

deux domaines différents, fût-ce voisins, mais au contraire que la justice est l'expression même de l'ordre, l'ordre même, vivant. L'ordre naturel, participation de l'ordre éternel, nous dit : tel bien humain, étant donné que la nature humaine est ce qu'elle est, représente une valeur essentielle de vie; tel autre bien n'a qu'une valeur d'instrument, mais en tant qu'instrument, il doit lui aussi être pris en considération. La justice prend cet ordre, et le réalise.

Or cet ordre implique essentiellement une collaboration des hommes dans la poursuite de leurs fins. Donc pour le faire vivre parmi les hommes, s'il faut bien tout d'abord que la justice fasse régner entre eux cette égalité qui définit et limite l'activité de chaque individu, cela ne suffit pas : la justice n'est la face vivante de l'ordre que si elle organise en même temps la collaboration, l'aide fraternelle, l'harmonie. Elle n'a pas seulement à empêcher que l'homme soit un loup pour l'homme, elle a aussi à faire que les hommes tous ensemble forment un faisceau uni et ordonné. C'est pourquoi il est impossible de la séparer sans la mutiler de l'amitié que les hommes se doivent entre eux. *Summum jus, summa injuria*, disent les anciens. Saint THOMAS va plus loin : « *Subvenire miseris, quod pertinet ad misericordiam sive pietatem, et liberaliter benefacere, quod pertinet ad liberalitatem, per quamdam reductionem attribuitur justitiæ sicut principali virtuti* » (1).

(1) *Sum. theol.*, IIa IIæ, q. LVIII, art. 11, ad 1um.

Vu, le Président :
Georges RIPERT.

Vu, le Doyen de la Faculté :
H. BERTHELEMY

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :
Le recteur de l'Académie de Paris,
S. CHARLETY

BIBLIOGRAPHIE SOMMAIRE

- AHRENS (H.). — *Cours de droit naturel ou de philosophie du droit*, 3^e éd., Bruxelles, 1860.
- BARTHÉLÉMY (J.). — Compte rendu de l'ouvrage de L. Duguit : *Droit constitutionnel*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, t. XXVIII, 15^e année, Paris 1908.
- BEAUSSIRE (E.). — *Les principes du droit*, Paris 1888.
- BEUDANT (Ch.). — *Le droit individuel et l'Etat*, Paris 1891.
- BILLUART. — *Cursus theologicus juxta mentem Divi Thomæ*.
- BOISTEL. — *Cours de philosophie du droit*, Paris 1899.
- BONNECASE. — *La notion du droit en France au XIX^e siècle*, Paris 1915.
- *Introduction à l'étude du droit. Le problème du droit devant la philosophie, la science et la morale*, Paris 1926.
- *Science du droit et romantisme. Le conflit des conceptions juridiques en France de 1880 à l'heure actuelle*, Paris 1928.
- *Suppléments au Traité théorique et pratique de droit civil* de BAUDRY-LACANTINERIE. Paris 1924, 1925, 1926, 1928.
- CAPITANT (H.). — *Introduction à l'étude du droit civil*, notions générales, 3^e éd., Paris 1912.
- CAPITANT (H.) et COLIN. — *Cours élémentaire de droit civil français*, t. I, 4^e éd., Paris 1923.
- CAPITANT (R.). — *Introduction à l'étude de l'illicite. L'impératif juridique*, Paris 1928.
- CHARMONT. — *La renaissance du droit naturel*, 2^e éd., Paris 1927.
- COURCELLE-SENEUIL. — *Préparation à l'étude du droit*, Paris 1887.
- CRUET (J.). — *La vie du droit et l'impuissance des lois*, Paris 1908.
- CUCHE (Paul). — *En lisant les juristes philosophes*, Paris 1919.

- *Le mirage du droit naturel*. Conférences de philosophie du droit, Paris 1928.
- DAVY (G.). — *Le droit, l'idéalisme et l'expérience*, Paris 1922.
- L'idéalisme et les conceptions réalistes du droit, *Revue philosophique*, Paris 1920.
- DEMOGUE (R.). — *Les notions fondamentales du droit privé*, Essai critique, Paris 1911.
- Compte rendu de l'ouvrage de G. Renard : *La valeur de la loi*, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, janvier-mars 1928.
- DEPLOIGE (S.). — *Le conflit de la morale et de la sociologie*, Bibliothèque française de philosophie, Louvain-Paris 1923.
- DUGUIT (L.). — *Etudes de droit public*, t. I, *l'Etat, le droit objectif et la loi positive*, Paris 1901.
- *Le droit social, le droit individuel et la transformation de l'Etat*, Paris 1908.
- *Les transformations générales du droit privé depuis le Code Napoléon*, Paris 1912.
- *Les transformations du droit public*, Paris 1913.
- *Traité de droit constitutionnel*, Paris, 1^{re} éd. 1911, 2^e éd. 1921, 3^e éd., t. I, 1927.
- FOUILLÉE. — *L'idée moderne du droit*, 7^e éd., Paris 1913.
- GARRIGOU-LAGRANGE. — *Le sens commun, la philosophie de l'être et les formules dogmatiques*, 3^e éd., Paris 1922.
- GÉNY (Fr.). — *Méthode d'interprétation et sources en droit privé positif*, Paris 1899.
- *Science et technique en droit privé positif*, 4 vol., notamment t. II, *Elaboration scientifique du droit positif*, Paris 1927.
- Compte rendu de l'ouvrage de L. Duguit : *L'Etat, le droit objectif et la loi positive*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, Paris 1901.
- Les bases fondamentales du droit civil en face des théories de L. Duguit, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, t. XXI, Paris 1922.
- GILSON (E.). — *Le thomisme*, 3^e éd., Paris 1927.
- GREDT (J.). — *Elementa philosophiæ aristotelico-thomisticæ*, 4^e éd., Fribourg-en-Brisgau, 1926.
- HAURIOU (M.). — Philosophie du droit et science sociale, dans *Revue du droit public et de la science politique*, t. XII, Paris, juillet-décembre 1899.
- Le point de vue de l'ordre et de l'équilibre, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1909.

- Les idées de M. Duguit, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1911.
- Les deux réalismes, dans *Recueil de législation de Toulouse*, 1912.
- Le droit naturel et l'Allemagne, dans *Le Correspondant*, Paris, 25 septembre 1918.
- L'ordre social, la justice et le droit, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris, octobre-décembre 1927.
- *Principes de droit public*, Paris 1916.
- *Précis de droit constitutionnel*, Paris 1923 et 1929.
- *Précis de droit administratif*, Paris 1927.
- HAURIOU et MESTRE. — Compte rendu de l'ouvrage de Duguit : *l'État, le droit objectif et la loi positive*, dans *Revue du droit public et de la science politique*, Paris janvier-juin 1902.
- JÈZE (G.). — *Les principes généraux du droit administratif*, Paris 1904 et 1925.
- Cours de droit public professé à la Faculté de droit de Paris, 1913.
- KORKOUNOV. — *Cours de théorie générale du droit*, traduit par Tchernoff, Paris 1914.
- LECLERCQ (abbé J.). — *La notion précise du droit*, Bruxelles 1923.
- LE FUR (L.). — Guerre juste et juste paix, dans *Revue générale de droit international public*, 2^e série, t. I, t. XXVI, Paris 1919.
- Le fondement du droit, dans *Les Lettres*, novembre et décembre 1925 et janvier 1926.
- *Le droit naturel et le droit rationnel et scientifique. Leur rôle dans la formation du droit international*. Editions internationales, Paris 1927.
- *La théorie du droit naturel depuis le XVIII^e siècle et la doctrine moderne*. Académie de droit international, Paris 1928.
- LÉVY-ULLMANN. — *Eléments d'introduction générale à l'étude des sciences juridiques. I. La définition du droit*, Paris 1917.
- LOTTIN (Dom Odon). — *Le droit naturel chez saint Thomas et ses prédécesseurs*. Eph. theol. lov., 1924-1925.
- MESTRE (A.). — Morale et obligation civile, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, janvier-mars 1926.
- PLATON (G.). — *Pour le droit naturel*, Paris 1911.
- RENARD (G.). — Sur quelques orientations modernes de la science du droit, dans *Revue des jeunes*, Paris, 25 avril 1922.
- *Le droit, la justice et la volonté*, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, Paris 1924.
- *Le droit, la logique et le bon sens*, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, 2^e série, Paris 1925.

- *Le droit, l'ordre et la raison*, conférences d'introduction philosophique à l'étude du droit, 3^e série, Paris 1927.
- *La valeur de la loi*, Paris 1928.
- RIPERT (G.). — L'idée du droit en Allemagne et la guerre actuelle, dans *Revue internationale de l'enseignement*, Paris, 7 mai 1915.
- Droit naturel et positivisme juridique, dans *Annales de la Faculté d'Aix*, nouvelle série, n^o 1, 1918.
- *La règle morale dans les obligations civiles*, 2^e éd., Paris 1927.
- ROLAND-GOSSELIN (B.). — *La doctrine politique de Saint Thomas d'Aquin*, Paris 1928.
- ROTHE. — *Traité de droit naturel théorique et appliqué*, 1885-1912.
- SALEILLES^a (R.). — Ecole historique et droit naturel, dans *Revue trimestrielle de droit civil*, Paris 1902.
- SERTILLANGES (A.-D.). — *Saint Thomas d'Aquin*, 4^e éd., Paris 1925.
- *La philosophie morale de saint Thomas d'Aquin*, Paris 1922.
- TARDE (G.). — *Les transformations du droit*, 2^e éd., Paris 1894.
- TISSIER (A.). — Compte rendu de l'ouvrage de Charmont : *La renaissance du droit naturel*, dans *Revue critique de législation et de jurisprudence*, t. XXXIX, Paris 1910.
- THOMAS D'AQUIN (Saint). — *Summa theologica*.
- *Summa contra gentiles*.
- *Du gouvernement royal*.
- VALENSIN. — *Traité de droit naturel*, t. I, les principes, Paris 1922.
- VAREILLES-SOMMIÈRES (comte de). — *Les principes fondamentaux du droit*, Paris 1889.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION	9
PREMIÈRE PARTIE : Examen de quelques thèses actuelles concernant le fondement du droit.	
<i>Chapitre premier</i> : Le fait de conscience, source du droit.	
§ 1 : G. Jèze. — Le droit idéal.....	19
§ 2 : L. Duguit. — Le sentiment de la justice et le sentiment de la solidarité.....	28
§ 3. Conclusion : valeur de l'idée-force.....	45
<i>Chapitre II</i> : La règle morale, aliment du droit. G. Ripert.	48
<i>Chapitre III</i> : Le « juste », contenu essentiel ou fondement du droit naturel.	
§ 1. Fr. Gény. — La notion de justice	74
§ 2. L. Le Fur. — Le sens du juste.....	103
<i>Chapitre IV</i> : Les tendances essentielles de la nature humaine, fondement du droit. M. Hauriou	112
<i>Chapitre V</i> : Le bien commun, fin du droit.	
§ 1. J. Dabin. — Le droit naturel moral.....	129
§ 2. G. Renard. — Le droit naturel à contenu progressif.....	145
DEUXIÈME PARTIE : Essai de synthèse.	
<i>Chapitre premier</i> : Position du problème.....	
<i>Chapitre II</i> : Le droit naturel considéré dans ses rapports avec la nature humaine	165
<i>Chapitre III</i> : Le droit naturel considéré selon sa nature de droit	188
<i>Chapitre IV</i> : Combinaison des deux points de vue. Le contenu du droit naturel.....	200
CONCLUSION	221
BIBLIOGRAPHIE	227

Paris, Imprimerie CHANTENAY. — 26-5-30
